أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت



الممهد

(شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)

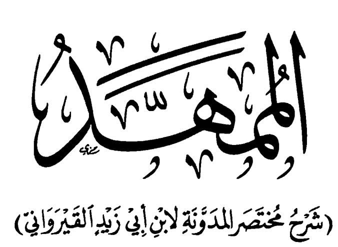
قطعة الكتاب الموجودة من «أواخر الإجارة إلى أثناء الجنايات» المشتملة على المعاملات، والوقف، والأقضية، والشهادات، وغيرها

تأليف
القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي
(ت ٤٢٢ هـ)

تحقيق
الدكتور عبد المجيد خلادي
أستاذ الفقه وأصوله بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر

الجزء الثاني

طبع بتمويل بنات
منصور يوسف علي الخليفي
غفر الله لهم ولوالديهم وجعله في موازين أعمالهم


الممهد
(شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)

الطبعة الأولى
١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع
الكويت، حولي، شارع المثنى، مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
فرع حولي: شارع المثنى: ٢٢٦١٥٠٤٦، فرع المباركية: ٢٢٤٩٠٦٠٤
فرع الفحيحيل: ٢٥٤٥٦٠٦٩، فرع المصاحف: ٢٢٦٢٩٠٧٨
ص. ب: ١٠٧٥ . الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
المملكة العربية السعودية - الرياض - التراث الذهبي: ٠٥٥٧٧٦٥١٣٨
الساخن: ت: ٩٤٤٠٥٥٥٩
E - mail: z.zahby74@yahoo.com
imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت



(شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)

قطعة الكتاب الموجودة من (أواخر الإجارة إلى أثناء الجنايات)؛ المشتملة على:
المعاملات، والوقف، والأقضية، والشهادات، وغيرها

تأليف

القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي

(ت ٤٢٢ هـ)

تحقيق

الدكتور عبد المجيد خلادي

أستاذ الفقه وأصوله بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة. الجزائر

الجزء الثاني

طبع بتمويل بنات
منصور يوسف علي الخليفي
غفر الله لهم ولوالديهم وجعله في موازين أعمالهم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الرهن[1]

والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»[2].

وقوله: «الرهن (من)[3] راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[4].

وقوله ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب»[5].

وروي أنه ﷺ «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»[6].

---

(١) في ط: «بسم الله الرحمن الرحيم، رب يسر».

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، ما لا يجوز من غلق الرهن، ر: ٢١٣٢، ٢٧١/٢، وابن ماجه في اللرهون، باب لا يغلق الرهن، ر: ٢٤٤١، ٨١٦/٢، والحاكم في المستدرك، ر: ٢٣١٥، ٥١/٢، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والبيهقي في الكبرى، باب الرهن غير مضمون، ٣٩/٦، وقال إسناد حسن متصل، وانظر: نصب الراية: ٣٢٠/٤.

(٣) في ط: «ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه».

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الرهن غير مضمون، ٣٩/٦، والدار قطني في البيوع، ر: ٢٩٢٥، ٤٣٩/٣، وعبد الرزاق في مصنفه، باب الرهن لا يغلق، ر: ١٥٠٣٤، ٢٣٧/٨ وذكر في التلخيص أن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، يعني أنها رواية مدرجة، انظر كلام الحافظ في التلخيص وتحرير روايات هذا الحديث وطرقه. ٨٣/٣، ٨٤، ٨٥.

(٥) أخرجه الدار قطني، في البيوع، ر: ٢٩٣٠، ٤٤١/٣، والبيهقي في الكبرى، ما جاء في زيادات الرهن، ٣٨/٦، وابن عدي في الكامل، ٢٧٤/١، وأخرجه الحاكم مرفوعا، ٥٨/٢ وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وأعله بعضهم بالوقف، كما ذكر الحافظ في التلخيص. ٨٣/٣.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب في الرهن في الحضر، ر: ٢٥٠٨، ٢١٠/٢.

ولأنه وثيقة بالحق فكان جائزا كالكفالة، ولأن الحق تارة يتعلق بالذمة وتارة يتعلق بعين المال (فكان التوثق منه)[1] بمنزلته في تعلقه بالأمرين.

فَصْلٌ

والرهن جائز في الحضر والسفر، ومن الناس من قال: إنه[2] لا يجوز إلا في السفر[3].

وإنما قلنا ذلك، لما روي أن رسول الله ﷺ «مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله»[4] وهذا رهن في الحضر، (واعتبارا بالسفر، لأن الحاجة تدعوا إليه في الموضعين)[5].

ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر أصله الضمين.

ولأن الحاجة تدعوا |[١١٧أ] إلى ذلك في الحضر كما دعت (الحاجة إليه)[6] في السفر.

❊ **فإن قالوا**: فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فذكر (جواب ذلك)[7] في السفر.

❊ **والجواب**: هو أنه قد ذكر في الآية أيضا (الشهادة والدين)[8]

---

(١) ما بين قوسين في ط: «فوجب أن يكون بمنزلته».
(٢) (إنه) سقطت من الأصل.
(٣) يقصد الإمام مجاهد رحمه الله كما ذكر ابن رشد في المقدمات: ٣٦٢/٢.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٦) في ط: «كما دعت إلى ذلك».
(٧) ما بين قوسين بياض في ط.
(٨) ما بين قوسين بياض في ط.

والأجل، ومعلوم أن جميع ذلك يجوز في الحضر، فكان الرهن مثله.

فَصْلٌ

وكل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، فإن أخذ الرهن به جائز[1].

ومن الناس من قال: لا يجوز إلا في السلم[2].

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وروي أن النبي ﷺ «رهن درعه عند يهودي على شعير (أخذه)[3] لأهله»[4].

ولأنه دين لازم يمكن أخذه من ثمن الرهن، فكان ذلك جائزا كالسلم.

فَصْلٌ

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه، فمن ذلك: الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة.

وإنما قلنا ذلك: لأن الصرف من شرطه التقابض في عقيب (البيع)[5]، ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون دينا، لأنه يكون دينا بدين، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة إلى أجل، فيجوز أخذ الرهن (عليه)[6]، وكذلك

(١) انظر: المدونة: ٤/١٣٣.
(٢) قاله أهل الظاهر: انظر: بداية المجتهد: ٢/٢٧٣.
(٣) في ط: «اقترضه».
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في ط: «عقيب العقد».
(٦) في ط: «به».

القرض والغصب وقيمة السلع المتلفات وأروش الجنايات في الأموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة.

فأما قتل العمد والجراح الذي يقاد منهما، فعلى قول مالك رحمه الله، أنه ليس فيها إلا القود، ولا يجوز أخذ الرهن لها، لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه. وعلى قوله، أن الواجب بذلك التخيير في القود أو الدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بذلك[1]، ويجوز في قتل الخطأ الرهن في الدية ممن يتعلق عليه (الدية)[2] من العاقلة وذلك بعد الحول، ويجوز في العارية التي تضمن أخذ الرهن عليها، ولا يجوز ذلك فيما لا يضمن منها. ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجر عليها المضمون في الذمة دون الأعيان، وكذلك في الجعل بعد العمل، (لأنه)[3] قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة[4].

❁ مسألة:

|[١١٧ب] عندنا عقد الرهن يصح ويلزم بالقول، وليس من شرط صحته القبض، وإن امتنع الراهن أجبر على التسليم، ولا يبطل العقد بتأخير الرهن[5].

وقال أبو حنيفة والشافعي: من شرط لزومه (القبض)[6]، فإن امتنع

---

(١) في ط: «بها».

(٢) سقطت من الأصل كلمة «الدية».

(٣) ساقط من ط.

(٤) انظر هذه المسائل في المدونة: ١٣٦/٤ وما بعدها، التفريع: ٢٥٨/٢، الكافي: ٤١٠، بداية المجتهد: ٢٧٣/٢.

(٥) انظر: المدونة: ١٣١/٤، التفريع: ٢٦٣/٢، الكافي: ٤١٠.

(٦) سقطت من الأصل.

الراهن من تسليمه لم يجبر على ذلك[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولا يخلو (من)[2] أن يكون ذلك شرطا أو أمرا، وأي ذلك كان فالعقد حاصل وإن لم يوجد، وكذلك (الاسم)[3].

والثاني: هو أنه قال: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، فذكر الرهن قبل قبضه، فلولا أن الرهن (قبل قبضه)[4] قد يوجد (وإن لم يكن)[5] مقبوضا، لم يحتج إلى صفته بالقبض، فهو كقول القائل، «هذا رجل طويل» لولا أن في الدنيا غير طويل لم يحتج إلى صفته بذلك.

وأيضا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والراهن والمرتهن قد عقدا الرهن فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم ولكل مسلم شرطه»[6].

والقياس: هو أنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

وقياس آخر: وهو أنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس العقد أصله البيع.

❊ **قالوا:** المعنى في البيع أن المقصود منه حصول الملك، والملك

---

(١) انظر: المبسوط: ٢١/٦٥، بدائع الصنائع: ٦/١٣٧، الأم: ٤/٢٩٠، الحاوي الكبير: ٦/٧.

(٢) سقطت من ط.

(٣) سقطت من الأصل.

(٤) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٥) في ط: «ولا يكون مقبوضا».

(٦) تقدم تخريجه.

يحصل بالعقد فلذلك لزم بمجرد القول، وليس كذلك الرهن لأن المقصود منه (حصول)[1] التوثق والوثيقة لا تحصل إلا بالقبض.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا حجة لنا، لأنه إذا كان المقصود منه التوثق فيجب أن يجبر على التسليم كما يجبر البائع على تسليم المبيع إذا امتنع منه.

واستدلال من هذا، وذلك أن سائر العقود التي تقع باختيار المتعاقدين ويملك بها الرقاب والمنافع وكذلك الضمانات كلها تلزم بالأقوال والقبض ليس بشرط فيها، فينبغي أن يكون الرهن مثلها ولا يخرج عنها، لأنه عقد كما أن تلك عقود. ولأن الرهن قد يأخذ قسطا من الثمن، ألا ترى أنه إذا باعه برهن نقصه في الثمن على ما جرت به العادة، وإذا كان الأمر على هذا وجب أن يلزم بنفس العقد كما إذا باعه وشرط الأجل فإنه يلزمه ذلك فكذلك هاهنا مثله.

ولأن الرهن وثيقة بالحق فلم يكن من شرطه القبض فوجب أن يلزم بالقول، أصله الكفالة بالمال، أولأنه عقد لا عوض فيه، فوجب أن يلزم بالقول، أصله الوصية إذا |[١١٨أ] مات الموصى (وقبل المُوَصَّى)[2] فإنه يلزم بالقول، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، قالوا: فوصف الرهن بالقبض فعلم أن القبض شرط (فيه)[3].

⚜ **والجواب**: هو أن القبض ليس بصفة لازمة فيه، والذي يدل عليه أنه لو قال له قد رهنتك ثم نقبضك إياه بعد ذلك، فإنه يكون رهنا وإن كان غير مقبوض أو لا فلم يصح ما قالوه.

---

(١) سقطت «حصول» من ط.
(٢) ما بين قوسين سقط من الأصل.
(٣) «فيه»، سقطت من الأصل.

❊ **قالوا:** ولأنه عقد إرفاق لا يقع إلا بالصفة، فإذا افتقر إلى الصفة افتقر إلى القبض أصله العوض.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه سائر العقود، فإن القصد من جميعها الإرفاق، ولأن الناس يرتفقون بعضهم من بعض، لأن الإنسان إنما يشتري الشيء لحاجته إليه ولارتفاقه به، وكذلك عقد الإجارة وسائر ما ذكرناه. ثم ثبت وتقرر أنها كلها تلزم بالقول، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون مثله. وأما الأصل فغير مسلم، لأننا نلزمه ونجبره على تسليم ما قال وعقد، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه رهن غير مقبوض فلا يجبر على اقباضه، أصله إذا مات.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم (ذلك لأننا نجبر الراهن على تسليم ذلك إلى الورثة فلا يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأن الرهن عقد لا يتضمن بدلا في مقابلته فلا يجب على العاقد تسليمه أصله العارية.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم)[1] لأنه إذا قال له أعرتك هذا الثوب أو هذه الدابة وقبل المستعير، فإننا نجبر المعير على التسليم، وهذه الأصول كلها متفق عليها فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان قد رهن شيئا من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه، فلا يقبل ذلك إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض[2]،

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٥٣.

(خلافا للشافعي في قوله أنه يكفي الإقرار في ذلك)[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فيما (لا)[2] يسقط حق غيره، ويمكن أن يكونا قد تواطئا على الإقرار بذلك ليسقط حق باقي الغرماء، فلم يقبل ذلك إلا بشهادة البينة عليه بذلك، (فمتى حصل مقبوضا ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو عارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من الراهن)[3].

❁ مسألة:

عندنا أن استدامة القبض شرط في صحة الرهن، فمتى خرج عن يد المرتهن إلى الراهن على أي وجه كان بطل ذلك وخرج عن كونه رهنا[4].

وبه قال أبو حنيفة: إلا أن أبا حنيفة ناقض فقال: إن خرج إلى الراهن بعارية أو وديعة لم يبطل الرهن[5].

وقال الشافعي: الاستدامة ليست شرطا، ويجوز أن يخرج بجميع الوجوه من الانتفاع، وهو رهن كما كان (قبل)[6] ذلك[7].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، فصار القبض فيه صفة لازمة كقولنا «رجل قائم» عبارة عنه إذا كان قائما في هذه الحال، فإن قعد قلت «كان

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٢) سقطت من الأصل.
(٣) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٤) انظر: المدونة: ٤/١٣١، التفريع: ٢/٢٦٣.
(٥) انظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠٠، المبسوط: ٢١/٦٩ وما بعدها.
(٦) كلمة «قبل» سقطت من ط.
(٧) انظر: الأم: ٤/٢٩٠، مختصر المزني: ٩٣/٩٤.

قائما» وليس بقائم في الحال، وإذا رجع (الرهن)[1] إلى يد الراهن قيل كان رهنا وقيل كان مقبوضا إلا أنه (غير)[2] مقبوض في هذه |[١١٨ب] الحالة، فكيف يجوز أن يكون مقبوضا وهو في يد صاحبه فقد خرج بذلك عن صفة القبض.

❊ **فإن قالوا:** إنما أراد بذلك في حالة الابتداء ونحن نقول إنه لا بد فيه من الاقباض حالة الابتداء، وأما الاستدامة فلا، والذي يدل على ذلك أنه يجوز أن يخرج إليه على سبيل العارية، ويجوز أن يكون على يدي عدل في الثاني، وإن كان ذلك لا يجوز في حالة الابتداء.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يلزمنا نحن، لأن عندنا متى خرج على أي وجه من يد المرتهن بعارية أو غير ذلك بطل أن يكون رهنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنه عقد يقصد به الاستيفاء فوجب أن يكون ذلك حقا، لمن يقع له العقد إلى وجود الاستيفاء، أصله عقد الإجارة فكذلك في الرهن مثله، أو لأنه قبض للاستيفاء فوجب بقاؤه إلى حين وجوده أصله حبس البائع للمبيع، ولأنها حالة من أحوال الرهن فوجب أن يكون ذلك حقا للمرتهن أصله حالة الابتداء.

❊ **قالوا:** إنما اعتبر ذلك في حالة الابتداء ليلزم العقد ويثبت وليس كذلك في حالة الاستدامة.

❊ **والجواب:** هو أن هذا ليس بكلام صحيح، لأنه إنما اعتبر في حالة

---

(١) كلمة «الرهن» سقطت من الأصل.

(٢) كلمة «غير» سقطت من ط.

الابتداء لأنه ما رضي بكون ماله عنده إلا برهن، وهذا المعنى موجود في حال الاستدامة لأنه لو رضي بذلك ما أخذ منه رهنا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الابتداء ضعيف فاحتاج إلى تقوية وهو القبض، وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنه (لا فرق بينهما، لأن الحاجة داعية إلى ذلك كما كانت في حالة الابتداء، فلم يفترقا، وقياس آخر:)[1] وهو أنه مقبوض في عقد الرهن فلا يجوز إخراجه عن يده، أصله ما لا منفعة له فيه، مثل أن يرهن عنده ثوبا أو قوص[2] تمر وما أشبه ذلك.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه لا منفعة له في ذلك وليس كذلك في مسألتنا لأن له فيه منفعة.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنه يبطل بما إذا رهن عنده جارية وطلب منه أن يسلمها إليه ليطأها فإن ذلك فيه منفعة له، ومع ذلك لا يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه، أولأنه محبوس للاستيفاء فلا يجوز إخراجه عن يده أصله الدار المستأجرة.

❊ **قالوا**: المعنى في الدار (المستأجرة)[3] أنها لا تجوز أن تكون على يدي عدل وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما (جاز)[4] أن تكون على يدي عدل جاز أن تخرج إلى يد الراهن.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، فلماذا جاز أن تخرج إلى يدي عدل

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٢) كتب في الطرة من الأصل: «عرف».
(٣) ساقط من الأصل.
(٤) في الأصل كتبت «لما كان»، والصواب ما أثبته من ط.

جاز أن تخرج إلى يد الراهن، |[١١٩أ] وذلك أنها إن خرجت إلى يدي عدل فإنما ذلك لأجل الإستيثاق بالحق، فإن خرج إلى يد الراهن زال معنى الرهن فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأنه محبوس لاستيفاء حق فلا يجوز إخراجه عن يده، أصله حبس المبيع لاستيفاء الثمن.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك، أن عقد البيع القصد منه التمليك، فلذلك لا يجوز إخراجه إلا بأخذ العوض، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لا يقصد منه التمليك.

⚜ **والجواب**: هو وإن لم يقصد منه التمليك، إلا أنه يقصد منه التوثق، لأنه ما رضي إلا بذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن القصد من الرهن أن يكون في يد المرتهن ليستوفي الحق منه لئلا يقع التجاحد أو يقع العدم والإفلاس فيرجع المرتهن إلى الراهن فيأخذ منه حقه، وفي إخراجه عن يده إبطال هذا المعنى، فمتى خرج عن يده لم يكن بذلك رهنا، وإنما يكون كأنه وديعة فلم يجز إخراجه، ولا يلزم عليه الإعارة لأن ذلك عندنا يخرجه عن كونه رهنا، ولأنه إذا كان في يد الرهن أدى ذلك إلى أن لا يفتكه أبدا لأنه ينتفع بماله كما لو يكن رهنا، وذلك ضرر بالمرتهن فوجب أن لا يصح لأجل ذلك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فإذا حصل مقبوضا في الابتداء فقد وجد ما يتضمنه القبض.

⚜ **والجواب**: هو أن هذه الآية حجة لنا لأنه شترط في القبض وإذا خرج عن ذلك لم يسمَّ رهنا، وإنما يقال كان رهنا وكان مقبوضا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن محلوب ومركوب»[(١)]،

---

(١) تقدم تخريجه.

(قالوا: ومعلوم أن ذلك للراهن لا للمرتهن.

❁ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول، وأنه محلوب ومركوب)[1]، ولكن الراهن لا يحلبه ولا يركبه، وإنما يحلب له ويركب بإذنه ويتولى المرتهن ذلك (له)[2]، ولم يقل ﷺ ويركبه الراهن ولا يحلبه، وإنما قال ﷺ: «محلوب ومركوب» بعد أن أثبته رهنا مقبوضا، (فدل على أنه يحلب ويركب في كونه رهنا مقبوضا)[3]، ولا يكون هذا إلا في قبض المرتهن (وحلب الراهن وركوبه ليس في قبض المرتهن)[4] على ما يقولونه.

❁ **قالوا**: ولأنه عقد يقتضي القبض فلا يكون من شرطه الاستدامة، أصله الهبة وذلك أنه إذا وهب منه نصف عبد فإنه لا تجوز استدامة يده عليه فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنكم علقتم على العلة ضد المقتضي، |[١١٩ب] لأنه إذا كان عقدا من شرطه القبض يجب أن تكون الاستدامة ثابتة، كما أنه إذا استأجر منه (دارا)[5] فإن من شرط ذلك القبض ورفع[6] يد المستأجر، ولا يجوز إخراج ذلك من يده فكذلك ههنا مثله. (وكذلك حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك ههنا مثله)[7].

والمعنى في الأصل أنه لم يكن الاستدامة في ذلك شرطا لأنه قد حصل

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٢) في الأصل: «ويتولى المرتهن وله ذلك».
(٣) ما بين قوسين ساقط من ط.
(٤) ما بين قوسين سقط من ط.
(٥) كلمة «دارا»: سقطت من الأصل.
(٦) في ط: «ووضع».
(٧) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

نصف العبد ملكا له ولا يجوز أن يحول بينه وبين ذلك، وليس كذلك الرهن لأنه وثيقة بالحق، وما يتعلق بذلك حق لغير المرتهن فلا يخرج ذلك عن يده إلا باستيفاء حقه، كالدار المستأجرة وكالبائع إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنه عقد يقصد منه المنفعة والتوثق فلم يكن من شرطه الاستدامة، أصله عقد الاجارة.

❁ **والجواب:** هو أن هذا هو الحجة عليكم، لأن العين المستأجرة لا يجوز أن تخرج عن يدي المستأجر إلى وقت استيفاء المدة، فكذلك الرهن مثله، ونقلب فنقول؛ لأنه عقد يقصد منه التوثق فلا يجوز إخراجه من يد المستوثق له. أصله عقد الإجارة.

❊ **وربما قالوا:** لأنه عقد يقصد منه المنفعة، فلا يستحق فيه الاستدامة أصله العارية.

❁ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه يجوز إخراجه للعارية؛ لأنه متى خرج بطل أن يكون رهنا فلم يصح ما قالوه، ولأنهم علقوا على العلة ضد المقتضى لأنه إذا كان محبوسا يقتضي دوام ذلك كما ذكرنا في الإجارة فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهنا له بذلك العقد، ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك عندنا يصح تقدم الضمان على الحق المضمون[1]. ومثال ذلك؛ أن يقول الرجل للرجل رهنتك

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/١٧٥ وما بعدها، الكافي: ٤١٠.

عبدي هذا على أن تقرضني مائة دينار، (أو قال: على أن تبيعني هذا الثوب اليوم أو قال غدا، فإن الرهن عندنا يصح وإن تقدم على وجوب الحق، فإن أقرضه الدراهم أو باعه الثوب، فالرهن لازم يجب تسليمه إليه)[1].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[2].

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك ولا يكون العبد بذلك رهنا بل القرض (يمضي والبيع)[3] يلزم[4].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ولم يفرق بين المطلق (منها)[5] والمقيد، فهو عام في جميع ذلك.

❊ **قالوا**: فقد قال الله تعالى في أول الآية: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والدين ما وجد فلا يثبت الرهن.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان الدين ما وجد، إلا أنه قد وجد عقد الرهن، والرهن يلزم بالقول، وكذلك كل عقد إنما يلزم |[١٢٠أ] بالقول فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه قد أذن له في قبضه على وجه الأمانة أوالضمان، فكان ذلك جائزا. أصله الوديعة والقضاء[6]، إذا قال له اقبض ما يجيئك به فلان من متاعي وديعة (لي)[7] عندك، أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك[8]، فإن

---

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.
(٢) انظر: المبسوط: ٢١/٦٦ وما بعدها.
(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.
(٤) انظر: الأم: ٤/٢٩٠، مختصر المزني: ٩٣.
(٥) سقطت «منها» من الأصل.
(٦) كلمة «والقضاء» سقطت من الأصل.
(٧) «لي» سقطت من الأصل.
(٨) في الأصل: «فاقبض منه ذلك».

ذلك جائز فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأنه رهن يصح بعد لزوم العقد، فجاز أن يصح قبله. أصله إذا قال له بعتك هذه الدابة بألف دينار على أن ترهنني عبدك.

❊ **قالوا:** فلا يمتنع أن يلزم ذلك بعد العقد وقبله لا يلزم كالشهادة فإنها تلزم بعد العقد وثبوت الدين وقبله لا يلزم، وكذلك الخيار والأجل يلزمان بعد العقد وقبله لا يلزمان فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يلزم، وذلك أن الشهادة إنما لم تلزم قبل ثبوت الحق لأنها لا تكون إلا بعد وجوب العقد وثبوته، (وليس كذلك في مسألتنا)[1]، لأنه إنما يتعلق بالقول، والقول قد وجد فوجب أن يلزم ويصح، وكذلك الأجل والخيار الذي ذكروه إنما ذلك من توابع العقد، فلذلك لا يجوز أن يتقدم عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن العقد الذي هو الإيجاب والقبول يتقدم على جميع ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** فالمعنى في الأصل إنما جاز ذلك لأنه وجد المتبوع فصح وجود التابع، وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن الاعتبار إنما هو بالعقد والعقد قد وجد.

وقياس آخر: وهو أنه رهن في مقابلة الدين فكان ذلك جائزا، أصله إذا باعه شيئا وشرط الخيار وجعل ذلك رهنا عنده.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم أنه في مقابلة الدين.

---

(١) في ط: «وليس كذلك عقد الرهن».

❁ (**فالجواب**: هو أن هذا لا يصح فلم رهنه عبده لولا أنه في مقابلة ذلك)[1] ما رهنه عبده فلم يصح ما قالوه، ولأنه وثيقة يستوفي الحق منها فجاز تقدبمه على الحق، أصله إذا قال له ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وكذلك إذا قال له بع فلانا وعلي ضمان الدرك فإن ذلك جائز فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **قالوا**: لا نسلم أن ذلك وثيقة وإنما ذلك استدعى إتلاف مال على وجه التخلص من الغرر.

❁ **والجواب**: هو أن هذا كلام غير صحيح، لأنه لو ما قال له ذلك ما لزمه ضمانه، والإنسان لا يلزمه إلا لأجل ذلك المال، حصل الضمان لا لغير ذلك فلم يصح ما قالوه. ولأنه لم يرض بإعطاء الدين إلا بأخذ الرهن فوجب أن يلزم أصله إذا كان ذلك في نفس العقد. ولأنه عقد يصح مطلقا |[١٢٠ب] فلا يشترط المال قبله، ولا بآجال العقد أصله البيع. ولأن الأب لو ضمن نفقة امرأة ابنه سنة كان ذلك جائزا وإن كان ذلك ضمان مال لم يجب فكذلك في مسألتنا.

واحتج بأن قال: لأنها وثيقة يصح ثبوت الحق بها بعد لزوم العقد فلا يتقدم سبب ذلك على العقد أصله الشهادة لا يجوز أن يشهد قبل وجوب الدين فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا قال له «ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه» فإنها وثيقة بالحق و(مع)[2] ذلك يجوز قبل إلقاء المتاع في البحر ويلزمه ضمان الدرك، وكذلك الأب إذا ضمن نفقة زوجة ابنه سنة وإن كانت لا تستحق ذلك إلا يوما بيوم.

---

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٢) في الأصل: «وبعد».

والمعنى في الشهود إنما لم يصح أن يشهدوا، لأن الشهادة إنما تكون بعد الثبوت والإقرار بالحق لا قبله، ولا حال العقد، (والعقد)[1] قد وجد وسبق فلم يصح ما قالوه.

ولأن الشهادة إنما هي مأخوذة من المشاهدة وبعدما وجد ذلك، وليس كذلك العقد لأنه بالإيجاب والقبول يلزم.

❊ **قالوا**: ولأنه رهن معلق بشرط الاستقبال فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال رهنتك قبل طلوع الشمس.

⚜ **والجواب**: هو أن ذلك (غير)[2] جائز فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه من زوائد العقد فوجب أن لا يلزم قبل وجود العقد أصله الخيار والأجل.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم بأنه من زوائد العقد، بل هذا أصل بنفسه ويلزم عليه ما ذكرناه من قوله «ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه»، وكذلك ضمان الدرك. والمعنى في الأجل والخيار أن ذلك من توابع العقد فلا يتقدم عليه وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه وثيقة يستوفي منه الحق فلا يحوز ذلك قبل الحق أصله إذا قال له ما داينت به فلانا فعلي.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه ولا نسلم الأصل، لأن عندنا يلزم ذلك ويصح، إلا أن يدانيه مداينة لا تصح من قبله، فقد قال مالك رحمه الله:

---

(١) «والعقد» سقطت من الأصل.

(٢) كلمة «غير»، سقطت من ط.

إنه يلزمه منه مداينة مثله ولا يلزمه ما زاد على ذلك[1] ، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

ويجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين سر يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن[2].

| [١٢١أ] ومن الناس من قال: لا يصح (إلا)[3] إذا قبضه المرتهن بنفسه[4].

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ، ومعنى ذلك من الراهن ، وهذا موجود. ولأنه مقبوض عن الراهن بحق الرهن برضا المرتهن ، فكان ذلك جائزا. أصله إذا قبضه بنفسه.

مسألة:

عندنا رهن المشاع جائز[5].

وبه قال الشافعي[6].

وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك[7].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ، ولم يفرق بين مشاع وغيره ، وهذا يمكن رهنه كما يمكن بيعه لأننا نزيل يد الراهن عنه ، إما إلى المرتهن إن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٥٢ ، ١٥٣.

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٣٣ ، النوادر: ١٠/١٧٧ ، المنتقى: ٧/٢٧٢ ، الكافي: ٤١٠.

(٣) «إلا» سقطت من الأصل.

(٤) ممن قال بهذا: الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى ، انظر: المغني: ٦/٤٧٠.

(٥) انظر: المدونة: ٤/١٣٢ ، النوادر: ١٠/١٦٨ وما بعدها ، التفريع: ٢/٢٦٢.

(٦) انظر: الأم: ٤/٣٩٥ ، الحاوي الكبير: ٦/٢١٨.

(٧) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٢ ، المبسوط: ٢١/٦٩.

رضي الشريك، أو إلى الشريك إن رضي المرتهن، أو إلى عدل يكون عنده.

والقياس: هو أنها عين يجوز بيعها فجاز رهنها أصله المفرد، ولا يلزم عليه الأشياء الرطبة مثل الهريسة والفواكه، فإنه يجوز رهن جميع ذلك إلى مدة لا يسرع الفساد إليها.

❊ **قالوا:** قولكم عين لا يصح ؛ وذلك أن ما كان جملته مشارا إليه، فما من جزء من أجزاء ذلك إلا وهو بعض تلك العين فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ويلزم عليه المدبر فإنه يجوز بيعه ولا يجوز رهنه.

⚜ **والجواب:** هو أن عندنا لا يجوز بيعه، وإن جاز بيعه على دين عليه، فيجوز أيضا رهنه.

❊ **قالوا:** فنقول بموجبه، وهو إذا كانت له أرض فقسمها فإنه يجوز رهن ذلك.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، لأنكم إن قلتم به فلا تقولون به في غيره، ألا ترى أن العبد لا يجوز قسمته.

❊ **قالوا:** فلا يمتنع أن يصح ذلك في حال الانفراد، ولا يصح في حال الإشاعة كالنكاح الذي يصح منفردا ولا يصح مع الإشاعة فكذلك في مسألتنا (مثله)[1].

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، وذلك أن رد الرهن إلى البيع أولى من رده إلى النكاح، لأنه قرينه ومشبه به، ولأن النكاح لا يجوز أن تكون المرأة لرجلين، وههنا يجوز أن يكون العبد لنفسين، فلم يصح ما قالوه.

---

(١) «مثله» سقطت من الأصل.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل وهو أن المفرد قد قارنته يد استحقاق، فلذلك جاز رهنه، وليس كذلك المشاع لأنه قارنته يد الشريك وله انتزاعه متى شاء.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالمبيع، فإن يد الشريك قد فارنته، ومع ذلك لا يمتنع من بيعه، فكذلك رهنه لا تمنع منه يده.

|[١٢١ب] وقياس آخر: وهو أنه ما جاز قبضه في البيع جاز رهنه في الرهن أصله المقسوم.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يجوز على ما ينقسم، فجاز على ما لا ينقسم أصله البيع.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يقصد به الرفق، فجاز مع الإشاعة أصله الوصية والهبة.

وقياس آخر: وهو أنه أحد حالتي الرهن فجاز مع الإشاعة. أصله حالة الاستدامة، وذلك أن عبده أنه لو رهن عنده دارا، ثم أذن المرتهن ببيع نصف الدار ويكون النصف الثاني رهنا كما كان، فإن ذلك جائز، فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

❊ **قالوا**: لا يمتنع أن يصح ذلك في حال الاستدامة ولا يصح (ذلك)[1] في حال الابتداء، ألا ترى أنه لو ابتدأ العقد على عبد آبق لم يصح، ولو استدام العقد عليه صح (العقد)[2].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأن البيع القصد منه التمليك، والرهن

---

(١) «ذلك» ساقطة من الأصل.

(٢) «العقد» سقطت من الأصل.

القصد منه استدامة يد المرتهن عليه، وكونه تحت يده وسلطانه.

وقياس آخر: وهو أن كل ما جاز له أن يرهن عبده المحوز جاز له أن يرهن عبده المشاع، أصله إذا رهن المحوز عند رجلين، لأنه لو رهن داره من رجلين أو عبده كان ذلك جائزا، فكذلك عبده المشاع من واحد أيضا يجوز، وقد عبر عنه بعبارة أخرى: وهو أن كل عقد جاز أن يعقد لشخصين على عين واحدة جاز أن يعقد لواحد مشاعا. أصله البيع.

وبيان ذلك: أنه يجوز أن يرهن نصف داره عند (رجل)[1] واحد ويرهن النصف الآخر عند آخر فكذلك أيضا يجوز في مسألتنا.

❊ **قالوا**: لا نسلم ذلك على إحدى الروايتين، وإن سلمنا؛ فالمعنى في ذلك إنما جاز لأن جميع الدار تكون عندنا رهنا عند كل واحد منهما، فلذلك جاز، وليس كذلك في العبد المشاع والدار المشاعة.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأن عندنا تكون نصف الدار رهنا عند كل واحد، وأما أن يكون جميع ذلك رهنا عند الواحد فلا، والذي يبين ذلك؛ أنه إذا أراد البيع في حق أحدهما باع نصف ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه عين محبوسة لاستيفاء حق فجاز مع الإشاعة أصله جنس المبيع لاستيفاء الثمن، لأنه يجوز أن يحبس بعض المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه على وجه البيع، وليس |[١٢٢أ] كذلك في مسألتنا لأنه على سبيل الوثيقة.

---

(١) كلمة «رجل» سقطت من ط.

❦ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، ويلزم عليه حبس (المبيع)[1] على بعض الثمر.

❊ **واحتج بأن قال**: لأن المرهون غير متميز من غير المرهون، فوجب أن لا يصح مع الإشاعة. أصله إذا قال رهنتك أحد هذين العبدين فإن ذلك لا يصح، فكذلك في مسألتنا مثله.

❦ **والجواب**: هو أنا لا نسلم هذا الأصل، لأن عندنا يجوز ذلك، وأي العبدين رهنه جاز ذلك، وقد قيل إنما لم يجز ذلك لأجل الجهالة به كالبيع وليس كذلك في مسألتنا، لأن نصف الدار معلوم مشاهد، فإذا جاز بيع ذلك جاز رهنه.

❊ **قالوا**: ولأنه نوع عقد لا يقصد به التمليك فلا تصح معه الإشاعة أصله الكفالة، لا يجوز أن يتكفل بنصف (وجه)[2] رجل فكذلك في مسألتنا.

❦ **والجواب**: هو أنه يبطل بحبس بعض المبيع لاستيفاء الحق.

❊ **قالوا**: إنما كان كذلك لأنه مال.

❦ **والجواب**: هو أن الحبس ليس بمال، وعلى أن المعنى في الكفالة بنصف الوجه إنما لم يصح؛ لأن ذلك لا يمكن، لأنه لا يحضر نصفه وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، ولأنه لو أراد أن يتكفل بوجه زوجته لم يصح أيضا.

❊ **قالوا**: ولأنه نوع عقد يقصد منه الرفق (فلا تصح الإشاعة فيه)[3]، أصله القرض والقراض.

---

(١) في ط: «ويلزم عليه حبس بعض المبيع عن بعض الثمر».

(٢) «وجه» سقطت من الأصل.

(٣) ما بين قوسين في ط: «فلم يصح مع الإشاعة».

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم ؛ لأنه يجوز له أن يستقرض منه نصف داره على زيد أو عمرو فكذلك عقد القراض يجوز أن يكون مشاعا.

❊ **قالوا:** ولأنه قارن الرهن فالموجب زوال يد المرتهن عنه إلى غيره فوجب أن لا يصح ، أصله إذا رهن عنده شيئا مغصوبا.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا تأثير لقولكم قارن الرهن ، لأنه لو طرأ عليه كان بهذه المثابة. والثاني هو أنه يبطل بما إذا رهن عنده عبدا فارتد فإن يده تزال منه لأنه يجب ضرب عنقه.

❊ **قالوا:** فالعبد إذا ارتد لا تزال يده عنه إلى غيره وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح ، لأن يده تزال إلى غيره ، وهو الحاكم ليستتيبه ، فإن تاب وإلا قتله. ويبطل بما إذا رهن عنده دارا وأذن له في بيع نصفها ، وكذلك إذا رهنه عبد شريكه.

وعلى أن المعنى في الشيء المغصوب إنما لم يجز رهنه ، لأنه لا يملك التصرف فيه بالبيع ولا بغيره وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه يملك جميع |[١٢٢ب] ذلك منه فيملك رهنه كالمفرد.

❊ **قالوا:** ولأنه إذا رهنه رهنا مشاعا فكأنه قال له يكون عندك يوما وعندي يوما ، (ولو صرح بذلك لم يجز)[(١)] فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه إذا رهن عنده دارا فأذن له في بيع نصفها ، والثاني إنما لم يجز ذلك لأن الرهن من شأنه الاستدامة ، فإذا رهنه يوما ويوما فقد خرج عن كونه رهنا ، لأن القصد من الرهن التوثق وكونه تحت يد المرتهن.

---

(١) ما بين قوسين في ط: «ولو شرك ذلك في الرهن».

❊ **قالوا**: فالقصد من الرهن حبسه وكونه تحت يد المرتهن، فوجب أن لا يصح مع الإشاعة أصله النكاح، لما كان القصد منه الوطء، فلو تزوج بامرأة على أن يقيم في دار أبيها لم يصح ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه ليس المقصود منه الحبس حسب، وإنما المقصود منه بيعه عند وقته إذا تعذر الافتكاك من جهة الراهن، والذي يدل على ذلك أن (رهن أم الولد لا يجوز، والمدبرة أيضا لا يمكن أيضا استيفاء الحق منها)[1].

وأما النكاح فالقصد منه الوصلة والألفة واجتماع أعيان الزوجين، فإذا شرط عليها كونها في بيت أبيها ولا تسلم للزوج فذلك شرط باطل، كما لو شرط عليه أن لا يطأها كان ذلك شرطا باطلا، ويجوز له الوطء، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

إذا ثبت ما ذكرناه بأن رهن المشاع جائز، فلا يخلوا بأن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان ذلك للراهن، لم يصح الرهن إلا بأن يقبضه الكل، لأنه ما لم يقبضه ذلك كله قيد الرهن عليه باقيه، وأما إن كان (للمشتري)[2] أو لأجنبي صح ذلك إذا خرجت يد الراهن عليه[3].

فَصْلٌ

وأما إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس فإن الرهن يبطل[4].

وإنما قلنا ذلك: لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص

---

(١) في ط: «أن رهن أم الولد والمدبر لا يجوز لأنه يمكن استيفاء الحق منهما».

(٢) في ط: «للمرتهن».

(٣) انظر: المدونة: ٤/١٣١، التفريع: ٢/٢٦٢.

(٤) انظر: المدونة: ٤/١٣١، الكافي: ٤١٠ وما بعدها.

بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم الحيازة قبل موت الراهن وتعلق (حقهم)[1] بالمال، ومتى أمكن الإقباض فلم يفعل، وأما إذا لم يمكنه بأن يكون لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن يمنعه ويدافعه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن لا يبطل بذلك.

مسألة:

عندنا أن الأشياء المرهونة على ضربين:

منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان والعبيد، فهذا النوع كله |[١٢٣أ] لا يكون مضمونا على المرتهن ويكون تلفه من المالك مالم يكن المرتهن فيه متعد.

ومنها ما يخفى هلاكه، وهو ما يغاب عليه ويبطن، مثل الذهب والفضة والحلي والعروض كلها، فهذا كله يكون مضمونا على المرتهن إذا قبضه وادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بينة له أو يعلم الراهن أنه (تلف)[2] منه من غير (تعد)[3] ففيه روايتان:

أحداهما: سقوط الضمان عنه. والأخرى: ثبوته عليه[4]

وأما إن شرط فيما يضمن أنه لا ضمان عليه لم ينفعه ذلك، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه ذلك. وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان من ربه، هذا جملة مذهبنا في الرهن وتلفه.

---

(١) في ط: «وتعلق حق الغرماء كلهم بالمال».
(٢) «تلف» سقطت من الأصل.
(٣) في ط: «من غير صنعه».
(٤) انظر: الموطأ: ٢٧٠/٢، المدونة: ١٣٢/٤ وما بعدها، المختصر الكبير: ٢٦٤، التفريع: ٢٥٩/٢.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الرهن مضمون (بالأقل من قيمته)[1]، (أو من الدين)[2] إن كان بألف وساوى ألفا وتلف فإنه يسقط الحق بذلك، وإن كان يساوى أكثر من من ذلك فإنه لا يضمن الزيادة عليه[3].

وقال الشافعي رحمه الله: الرهن أمانة، فإذا تلف لم يتلف من الحق شيء به[4].

وبه قال أحمد بن حنبل رحمه الله[5].

والدليل لما قلناه قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[6]. فوجه الدليل منه هو أنه قال: «لا يغلق الرهن».

وقال أبو عبيد[7]: له تأويلان: أحدهما: أنه أراد بذلك عليه السلام «أنه لا يغلق» بمعنى أنه لا يملكه المرتهن عند محل الحق كما كانت الجاهلية تفعل، إن قضى الراهن الحق عند محل الأجل وإلا كان الرهن للمرتهن.

والثاني: هو أنه أراد بقوله لا يغلق الرهن غلقا لا يمكن للراهن حله وفكه[8].

---

(١) في ط: «بأقل القيمتين».

(٢) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٣) انظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠٠، ١٠٤، مختصر الطحاوي: ٩٤، ٩٥، المبسوط: ٢١/٦٥، ٦٦.

(٤) انظر: الأم: ٤/٣٧٤، مختصر المزني: ١٠١، الحاوي الكبير: ٦/٢٥٤.

(٥) انظر: المغني: ٦/٥٢٢ وما بعدها.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادي، الفقيه الأديب المشهور، أخذ عن سفيان بن عيينة ويحي بن مهدي ويحي بن سعيد القطان، ووكيع بن الجراح وآخرون، وعنه روى محمد بن إسحاق الصغاني، وأبو بكر بن أبي الدنيا، ولي قضاء طرطوس، وصنف كتبا منها: غريب الحديث، والأموال، وكتاب القراءات، وكتاب الأمثال، والناسخ والمنسوخ، كانت وفاته بمكة سنة أربع وعشرين ومائتين. رحمه الله. تاريخ بغداد: ١٢/٤٠٣؛ تاريخ مدينة دمشق ٤٩/٥٨، ٨٥.

(٨) قال في التمهيد: «قال أبو عبيد: لا يجوز في كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع: قد غلق،=

وأي التأويلين كان قلنا به، لأنه عام في كل رهن.

والثالث: هو أنه قال ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه» فجعل غرمه عليه وغنمه له، وغنمه نماؤه وزيادته، وغرمه تلفه ونقصانه، وهذا يدل على أن المراد (من الرهن)[1] ما يظهر هلاكه، لأن النماء والدر والغنيمة (والغرم)[2] يكون ذلك في الحيوان والرباع، فأما في الحلي والثياب وما يخفى ويغاب عليه ليس فيه ذلك في غالب العرف والعادة.

ولأن الرهن لا يجري مجرى الأمانة المحضة ولا مجرى المضمون المحض، لأنه قد أخذ شبها من الأمرين جميعا فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، وبيان ذلك؛ أن الأمانة المحضة هو ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه |[١٢٣ب] كله لقابضه كالمشتري أو بتعد وجناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبها من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفي مسألتنا لم يكن تعد ولا جناية فيضمن، (ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فسقط الضمان عن المرتهن)[3]، بل المنفعة لهما جميعا، أما المالك فإنه حصل له ما ابتاعه أو ملكه ويقي الدين في ذمته لأجل الرهن، ولولاه لم يملكه فقد انتفع به، وأما المرتهن فإنه يحصل له التوثق به فلم يقبضه لمالكه كالوديعة، وإنما قبضه ليكون وثيقة له بحقه، وإذا كان ذلك كذلك وقد أخذ شبها من الأمرين جميعا، لم يجز أن ينفرد بحكم

= إنما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن فذهب به، قال: وهذا كان من فعل الجاهلية فأبطله النبي ﷺ بقوله: لا يغلق الرهن». التمهيد: ٤٣٩/٦، الاستذكار: ٩٦/٢٢. وذكر الماوردي في كتابه الكبير مثل كلام القاضي عبد الوهاب ﷺ نقلا عن أبي عبيد. انظر: الحاوي الكبير: ٢٥٦/٦.

(١) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٢) في ط: «والغرم عليه».

(٣) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

أحدهما على التجريد، فيجب (الفصل)[1] بينه وبينهما، وفي ذلك ثبوت ما قلناه لأن أحدا لم يفصل بينهما لما سواه.

وأما الدليل على الشافعي حيث قال: إن الرهن أمانة وأنه لا يضمن، مما روي عن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[2]. وهذا قد أخذ شيئا للغير فوجب عليه رده أو رد قيمته.

وروى أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[3].

ولا يخلوا: إما أن يكون المراد به أنه محبوس بما فيه، أو مضمون بما فيه، فلا يجوز أن يقال أنه أراد بذلك الحبس، لأنه ليس من شرطه عند الشافعي الحبس، لأنه يجوز أن يخرج عن يد المرتهن إلى يد الراهن، فإذا بطل هذا ثبت أن المراد به الضمان، (فقد قام)[4] الدليل على أن ما لا يغاب عليه لا يضمن، لأنه مشاهد بقي الباقي على ما هو عليه.

❊ **قالوا:** إنما أراد بقوله عليه السلام «الرهن بما فيه» أنه وثيقة بما فيه.

---

(١) كلمة «الفصل» سقطت من ط.

(٢) أخرجه أبوداود في أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، ر: ٣٥٦١، ص ٣٩١، وابن ماجه في الصدقات، باب العارية، ر: ٢٤٠٠، ٢/٨٠٢، والترمذي في العارية، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ر: ١٢٦٦، ٣/٥٥٧، ونقل في البدر المنير ما نصه: «قال الترمذي: هذا حديث حسن قال المنذري: هذا يدل على أنه يصحح سماع الحسن من سمرة. ونقل صاحب «الإلمام» عن ت تصحيحه أيضا، وقال ابن طاهر في «تخريج أحاديث الشهاب»: إسناده متصل صحيح. قال: والعلة في عدم إخراجه في الصحيح ما يذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة. وقال الحاكم في «مستدركه»: هذا حديث صحيح على شرط البخاري». البدر المنير: ٦/٧٥٣.

(٣) أخرجه الدار قطني في البيوع، ر: ٢٩٣١، ٣/٤٤١، والبيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، ٦/٤٠، والحديث في إسناده أبو إسماعيل بن أبي أمية الذراع. قال الدار قطني، إسماعيل هذا يضع الحديث. سنن الدار قطني: ٣/٤٤١، ٤٤٢.

(٤) في ط: «فأما الدليل».

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه لو أراد بذلك لقال الرهن على ما فيه ؛ فلما قال «بما فيه» دل على أنه أراد بذلك ضمانه ، فكأنه قال هذا بهذا ، وقد علم أن الرهن وثيقة على ما فيه ، فالفائدة في كونه مضمونا ، لأن الضمان لا يعلم في نفس الرهن والوثيقة معلومة ، **(فحمل الخبر على ما فيه فائدة تعلم من جهته أولى من حمله على فائدة معلومة من غير جهته)**[1].

❁ **قالوا**: فهذا الحديث يرويه إسماعيل بن أمية عن فلان بن سعيد ، وإسماعيل بن أمية وضاع للحديث[2].

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح حديث معروف مشهور عند أهل النقل للأخبار ، والرجل معروف وظاهر المسلمين العدالة فلم يصح ما قالوه.

❁ **قالوا**: فهذا الخبر يفتقر إلى إضمار ، لأنه قال الرهن بما في ، ه فإن أضمرتم الضمان عند التلف أضمرنا الرهن بما فيه من الحق وأنه لا يضمن.

❁ **والجواب**: هو أن هذا |[١٢٤أ] لا يصح ، لأن قوله عليه السلام «بما فيه» قد بينا أنه لم يرد به الحبس ، لأن عندكم ليس من شرطه الاستدامة لم يبق إلا أنه أراد بذلك الضمان.

وروي «أن رجلا رهن فرسا عند (رجل)[3] فمات الفرس ، فسأل الرجل رسول الله ﷺ عن ذلك» فقال: «تلف حقك»[4].

---

(١) في ط: «فحمل الخبر على فائدة تعلم من جهته أولى من حمله على فائدة تعلم من غير جهته».

(٢) قال البيهقي في السنن الكبرى: «قد قيل إسماعيل بن أبي أمية الذراع ، وقيل عنه عن سعيد بن راشد عن حميد عن أنس مرفوعا ، قال أبو الحسن الدارقطني: إسماعيل هذا يضع الحديث» السنن الكبرى: ٤٠/٦.

(٣) ما بين قوسين سقطت من الأصل.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ، باب من قال الرهن مضمون ، ٤١/٦ ، والحديث وهّنه الشافعي رحمه الله كما صرح بذلك البيهقي في الكبرى ، ٤١/٦.

❊ **فإن قالوا**: هذا الخبر مرسل لأنه رواه عطاء.

⚜ **والجواب**: هو أن المرسل عندنا كالمسند.

❊ **قالوا**: فيحتمل أنه أراد بذلك ذهب حقك من الوثيقة، (لا من الرهن، لأن ذلك ثابت في الذمة.

⚜ **والجواب**: هو أن الظاهر ما ذكرناه، وأنه أراد بذلك الحق، لأنا نعلم أنه من الوثيقة قد ذهب حقه)[١]، فيجب أن يحمل على فائدة مجردة وليس إلا ما ذكرناه.

ولأن ذلك إجماع الصحابة؛ وذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الرهن مضمون بأقل القيمتين»[٢].

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «الرهن مضمون بكمال قيمته»[٣]، فمن قال أنه أمانة فقد خالف الإجماع.

❊ **قالوا**: فقد روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «الرهن أمانة»[٤].

وروي عن زيد بن ثابت أنه قال: «الرهن أمانة»[٥].

⚜ **والجواب**: هو أنا نستعمل القولين جميعا ونلفق بين الحكمين فنقول،

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) أخرجت البيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، ٦/٤٣، ثم قال البيهقي بعد أن ساق هذا الأثر: «هذا ليس بمشهود عن عمر».

(٣) هذا روي بروايات مختلفة عن علي رضي الله عنه، كما قال البيهقي في سننه وفي إسنادها مقال، ٦/٤٣.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال الرهن مضمون، ٦/٤٣، وذكره ابن عبد البر في التمهيد: ٦/٤٣٧. وقال هو أحسن الأسانيد في هذا الباب.

(٥) لم أجده فيما عندي من مصادر.

هو أمانة فيما يظهر هلاكه من الدور والحيوان ، وهو مضمون فيما يخفى هلاكه كالذهب والفضة وسائر ما يخفى ، واستعمال القولين على فائدة أولى من استعمال أحد القولين وترك الآخر .

والقياس: هو أنه محبوس لحق لاستيفاء مال ، فجاز أن يكون مضمونا أصله المحبوس على وجه السوم .

❊ **قالوا**: لا نسلم أنه محبوس لاستيفاء مال .

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ، لأنه لا محالة أنه محبوس لاستيفاء مال ، لأنه إذا بلغ المحل ولم (يرد)[1] الراهن المال بيع عليه فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا**: فيلزم عليه ولد المرهونة فإذا مات فإنه محبوس لاستيفاء حق ومع ذلك لا يضمن .

⚜ **والجواب**: هو أن عندنا لو ماتت الأم أيضا كانت بهذه المثابة ، وأنها لا تضمن لأن ذلك مما لا يخفى ولا يبطن فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا**: فينكسر بما إذا استأجر عبده إلى مدة فمات فإنه محبوس لاستيفاء حق ، فإذا مات فإنه غير مضمون (عليه)[2] .

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يلزمنا نحن ، لأن جميع الحيوان والعقار عندنا بتلك المثابة ، وإنما يضمن ما لا يخفى ولا يظهر .

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل وهو المحبوس على وجه السوم ، إنما كان كذلك لأنه إذا تلف انفسخ العقد وليس كذلك في مسألتنا .

---

(١) في ط: «ولم يَزِن» .

(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل .

❁ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، لأن الحبس في هذا؛ |[١٢٤ب] إنما كان لاستيفاء المال والحق كما كان في هذا الموضع.

❁ **قالوا**: فالمعنى في البيع إنما كان كذلك لأنه في مقابلة معوض، فإذا لم يسلم له ذلك لم يسلم له المعوض وليس كذلك في مسألتنا.

❁ **والجواب**: هو أن الرهن أيضا كان محبوسا في مقابلة ماله من الحق، فإذا تلف وادعى هلاكه كان مضمونا عليه، لأنه في مقابلة حق فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه حق تعلق بالرقبة فجاز أن يسقط بتلف الرقبة أصله العبد الجاني إذا مات، ولا يلزمنا ما لا يخفى هلاكه لأن العلة للجواز.

❁ **فإن قالوا**: لا نسلم أنه حق تعلق بالرقبة.

❁ **والجواب**: هو أنا نريد بذلك أنه إذا امتنع من وزن ما عليه من الحق (استوفى الحق من نفسه)[١]، ولأنه لولا الرهن ما أعطاه درهما واحدا فكيف يجوز أن يقال إن الحق ما تعلق بالرقبة، ولا يلزمنا عليه ولد المرهونة ولا العبد المستأجر.

❁ **قالوا**: المعنى في العبد الجاني أنه إذا مات فما بقي محل للحق يتعلق به، فلذلك بطل، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا محل آخر وهو الذمة.

❁ (**والجواب**: هو أنت نقول بموجبه فيما يظهر هلاكه كالعقار والحيوان، والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان ههنا محل آخر وهو الذمة)[٢] إلا أنه ما رضي المرتهن بكون حقه في ذمة الراهن، فيجب أن يتعلق ذلك بذمته، وإنما رضي بالرهن لا بالذمة، والرهن قد تلف فلا ينتقل الحق إلى ذمة ما رضي

---

(١) في ط: «استوفى الحق من رقبة الرهن».
(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

بها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه عقد يفضي إلى زوال الملك فجاز أن يسقط الحق بتلفه أصله المبيع إذا تلف. ولا يلزمنا ما لا يغاب عليه لأن العلة للجواز فيجوز ذلك في الموضع الذي يجوز.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم أنه يفضي إلى زوال الملك.

⚜ **والجواب:** هو أنا نريد بذلك إذا امتنع الراهن من قضاء ما عليه، فإن الحاكم يبيع عليه الرهن ويسلم الثمن إلى المرتهن، فقد أفضى إلى زوال ملكه بغير اختياره، ولا يلزم عليه ولد المرهونة ولا العبد المستأجر لأن جميع ذلك لا يضمن عندنا، لأنه مما لا يبطن هلاكه.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه ينفسخ العقد بتلفه وليس كذلك في مسألتنا، لأن عقد الرهن باق على حاله.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأنه إذا تلف الشيء المرهون وكان مما يغاب عليه فإن عقد الرهن قد انفسخ أيضا فلا نسلم ما قالوه. ولأنه لو كان الرهن أمانة لوجب أن يقبل قوله في رده، فلما لم يقبل قوله في ذلك دل على أنه خارج عن الأمانة، وقد بينا أنه أخذ شبها من الأمانة وشبها من الضمان فوجب أن يعطى ما أخذ الشبه |[١٢٥أ] من جهته من الأمانة، وأنه لا يضمن مثل العقار والحيوان الذي لا يكاد يخفى هلاكه وأن يعطى الشبه الآخر من الضمان فيما يخفى هلاكه من الدنانير والدراهم والعروض.

واحتج بقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»(١).

---

(١) تقدم تخريجه.

⚜ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك بيان حكم الرهن وأنه لا يغلق كما كانت الجاهلية تفعل، (لأن الجاهلية)[1] كانت إذا رهنت رهنا فحل محل الرهن ولم يفتكه الراهن ملكه المرتهن.

والثاني: هو أنه عليه السلام بين أيضا في هذا الخبر أن غنمه له وغرمه عليه ونحن كذلك نقول.

والثالث: أنه عام، وقوله عليه السلام «الرهن بما فيه» أولى.

والرابع: هو أنا نحمله على ما يظهر هلاكه ونحمل خبرنا على ما يغاب عليه، واستعمال الخبرين على فائدتين أولى من استعمال أحدهما واطراح الآخر، وهم لا يمكنهم ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الرهن وثيقة بالحق ليست بعوض منه فوجب أن يبطل الحق بتلفها، أصله الشاهد والضمين.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: أنها وإن كانت وثيقة إلا أن الحق قد يستوفى منها في حالة وهي إذا عجز الراهن عن الحق.

والثاني: نقول بموجبه فيما يظهر هلاكه كالعقار والحيوان.

والثالث: هو أنه ينكسر بالعارية فإنها محبوسة ومع ذلك يضمنها بالتلف.

والرابع: هو أنه لا يجوز اعتبار الرهن (بالشاهد والضمين)[2]، لأن الشاهد لا يستوفى منه الحق عند تعذره من جهة الراهن، وفي مسألتنا يباع الرهن

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) في ط: «بالشهود والضمان».

ويستوفى ذلك (الحق)[1] من قيمته.

والثاني: هو أن الشاهد ليس بمحبوس لاستيفاء الحق من جهته ورقبته، فلذلك إذا مات لم يبطل حقه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الرهن محبوس لاستيفاء الحق من جهته ورقبته، ولأن الشاهد لا يثبت الحق في ذمته، فموته وحياته واحد، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق ثابت في ذمة الراهن فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه عقد لا يجب به الضمان في فاسده فلا يجب به الضمان في صحته، أصله الوديعة والقراض وسائر أنواع الأمانات.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم، لأن عندنا في الفاسد يضمن كما يضمن في الصحيح، لأنا لا نقبل قوله إذا أخذ شيئا على وجه الرهن وكان مما يغاب عليه إلا أن يقوم له بينة بذلك.

والثاني: هو أنه يلزم عليه العارية، فإن عندكم ||[١٢٥ب] هي مضمونة وهي بالرهن أشبه منها بالوديعة، وسائر الأمانات إنما لم تضمن في جميع ذلك، لأنه أخذ ذلك لمنفعة صاحبها لا منفعة له في ذلك بوجه، وليس كذلك الرهن لأنه أخذه لمنفعة نفسه ومنفعة صاحبه، ومن أخذ شيئا لمنفعة نفسه وجب عليه الضمان كالمقترض والمستعير عندكم.

❊ **قالوا:** ولأنه مرهون عري عن العدوان فلا يتعلق به بالضمان أصله ما يظهر هلاكه.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقول بموجبه، لأننا لا نضمنه على كل وجه، بل نضمنه في موضع دون موضع، والثاني: هو وإن كان مرهونا إلا أنه قد أخذ شيئا

---

(١) كلمة «الحق» سقطت من الأصل.

من الأمانة وشبها من الضمان، فأعطيناه شبه الضمان في موضعه وأعطيناه شبه الأمانة في موضعه، وأنتم جعلتموه أمانة محضة وذلك خلاف ما قررناه. وعلى أن المعنى في ذلك هو أنه يظهر هلاكه ويعلم قطعا ويقينا فلا يلزمه ضمان ما يعلم أنه هلك من غير تعد فيه، وليس كذلك فيما يبطن، لأننا لا نعلم ذلك ولا نحققه، فكان الضمان عليه لأجل ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه مقبوض عن عقد الرهن فوجب أن يكون أمانة أصله إذا رهن عنده جارية حاملا فولدت ومات الولد.

⚜ **والجواب**: هو أنه عندنا لو ماتت الأم كان أيضا بهده المثابة، لأن ذلك مما لا يخفى هلاكه فلم يصح ما قالوه.

❊ **(قالوا)**[1]: ولأنه مقبوض عن عقد واحد فإذا كان بعضه أمانة كان جميعه أمانة أصله المضاربة والشركة.

⚜ **والجواب**: هو أنه ينكسر بالمحبوس على وجه السوم، وكذلك إذا أودع عنده نصف عبد والنصف الآخر له، ويلزم عليه العارية لأنها مقبوضة عن أمانة، ومع ذلك يلزم عندكم ضمانها، ولأنا إنما قلنا إن بعضه يكون أمانة لأنه لا يخفى هلاكه ولا يبطن فلا يلزمه ضمان ما تحققنا هلاكه من غير جهته، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مما يخفى هلاكه ويبطن أمره، ولا يأمن أن يجحد ذلك ويستولي عليه فألزمناه ضمان ذلك.

والمعنى في المضارب والوكيل وما قالوه أنه يقبل قول كل واحد منهما في رد المال، وليس كذلك المرتهن لأنه إذا قال رددته لا يقبل قوله فافترقا.

❊ **قالوا**: ولأنه أحد محلي الحق فلا يسقط الحق بتلفه أصله الذمة وذلك

---

(١) سقطت من الأصل.

أن تلف الراهن وموته لا يسقط الحق فأولى أن لا يسقط بتلف الرهن.

⚜ **والجواب:** |[١٢٦أ] (هو أنا كذلك نقول)[1] فيما يظهر هلاكه مثل العقار والحيوان، ويبطل بالعبد الجاني فإن الحق يبطل بموته. والمعنى في الذمة إنما لم يسقط الحق بتلفها لأنها تتعلق بذمته وماله، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق إنما يتعلق بالرهن؛ ألا ترى أنه يباع عند تعذر الحق من جهة الراهن فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه من زوائد العقد فلا يبطل الحق بتلفه أصله الصداق، ولا يتلف المهر بتلفه فكذلك ههنا.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه من زوائد العقد. والثاني: أنا نقول بموجبه، والمعنى في الصداق إنما لم يسقط (الحق بتلفه)[2] لأنه تعلق بذمته وليس كذلك في مسألتنا لأنه تعلق بالرقبة فوجب أن يسقط يتلف الرقبة كرقبة العبد الجاني إذا مات، والله أعلم.

فَصْلٌ

وأما إذا قامت بينة بهلاكه أو علم أنه هلك من غير صنيع المرتهن، فقد اختلف الرواة عن مالك رحمه الله فيه:

فروى ابن القاسم وغيره عنه من أصحابنا: أنه لا ضمان عليه ويأخذ دينه من الراهن.

وروى أشهب وابن عبد الحكم: أنه ضامن بقيمته وإن علم هلاكه[3].

---

(١) في ط: «هو أنا نقول بموجبه».

(٢) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٣) انظر: المختصر الكبير: ٢٦٥، النوادر: ١٠/١٨٦، التفريع: ٢/٢٥٩.

فوجه الرواية أنه لا ضمان: هو أن سبب الضمان معدوم، لأنه إنما يضمن لئلا يكون هذا قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه في ذلك وجب أن لا يضمن، ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قبوله ولم يضمنه.

ووجه إيجاب الضمان: هو أن أصله مقبوض على (وجه الضمان)[1]، فلا ينتفي عنه الضمان حسما للباب، والقول (الأول)[2] أصح وأوضح، أن لا ضمان عليه لأنه لم يمكن منه تعد.

فَصْلٌ

وإذا قلنا إنه يضمن؛ فإنه يضمن بقيمته ويقاص بذلك من دينه.

وإنما قلنا ذلك: لأن الضمان تعلق بما حصل في قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة.

وإنما قلنا إنه يقاص به؛ لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقا فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه الآخر عليه مثل ذلك، فوجب التقاص ورد الفضل بينهما، فإن كان قد فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصا لا له ولا عليه.

فَصْلٌ

وإذا شرط المرتهن على الراهن أنه لا ضمان عليه إن تلف، فإن ذلك الشرط |[١٢٦ب] غير لازم ولا ينعقد ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأنه شرط شرطا ينافي حكم العقد، فوجب أن لا يثبت

---

(١) في ط: «على ذلك».

(٢) سقطت من الأصل.

أو لا يصح. أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو شرط في القراض أنه (غير)[1] ضامن، ولأن ما يلزم بالعقد يكون هو الأصل في قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح، كما لو شرط في النكاح أنه لا يطأ وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع، فإن كل ذلك لا يلزم.

فَصْلٌ

والرهن إذا كان على يد أمين فإن تلفه من ربه[2].

وإنما قلنا ذلك: لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحرز، وهذا معدوم في حق الأمين لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلا يضمنه، ولأن رب الرهن لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن عليه سبيل بوجه ولا سبب.

مسألة:

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين الذي حصل به الرهن، فقال الراهن هو علي مائة وقال المرتهن علي مائتين، والرهن ما ساوى المئتين أو أقل من ذلك، فالقول قول المرتهن مع يمينه. فإذا حلف لزم الراهن، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على (جنبة)[3] الراهن وحلف على ما يدعيه وأخذ رهنه[4].

وقال أبوحنيفة والشافعي: القول قول الراهن[5].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فوجه الدليل منه: هو أن الله تعالى أقام الرهن في الوثيقة مقام

---

(١) «غير» سقطت من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ١٣٢/٤، ١٣٣، النوادر: ١٩٧/١٠ وما بعدها.

(٣) سقطت من الأصل.

(٤) انظر: الموطأ: ٢٧٣/٢، المدونة: ١٤٥/٤، النوادر: ٢٣٠/١٠، ٢٣١، العتبية مع البيان: ٣٠٨/١١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ١٧٤/٦، الأم: ٣٠٩/٤، ٣١٠، الحاوي الكبير: ١٩٢/٦، ١٩٣.

الشهود إذا عدموا ، فلما ثبت وتقرر أن الشهود يقبل قولهم في مبلغ الدين وجب أن تكون قيمة الرهن مصدقة كالشهود ، وإنما كان كذلك ؛ لأن العرف والعادة أن المرتهن يستظهر لنفسه ولا يأخذ ما يساوي دون حقه ، وإنما يقول هذا لا يساوي مالي ولا آخذ إلا ما يساويه وزيادة عليه ، وإذا كان هذا هو العرف والعادة فيما بين الناس وجب الرجوع إلى قيمة الرهن ، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف ، كانت اليمين في جنبة من يصدقه العرف ، ولأن أحدا لا يرهن على ألف درهم ما يساوى عشرين درهما ولا على عشرين درهما ما يساوي مائة درهم .

والقياس: هو أنه مدع قوي سببه فكانت اليمين في جنبته . أصله إذا تنازعا ثوبا وهو في يد أحدهما كان القول قول من هو في يده ، كذلك في باب الرهن وجب أن يكون القول قول من يشهد له العرف .

واحتج بما روي أن رسول |[١٢٧أ] الله ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[١] والراهن منكر فوجب أن يكون القول قوله مع يمينه .

❁ **والجواب**: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه لأن الراهن مدع ، لاستحقاق أخذ الرهن وإخراجه من يد المرتهن بما يذكره من دعواه ، والمرتهن منكر أن يكون الراهن مستحقا لذلك إلا بما يذكره ، فكانت اليمين في جنبته ، لأن الراهن معرف بكونه رهنا في يد المرتهن ،

❁ **(قالوا)**[٢]: ولأنهما لو اختلفا في أصل الرهن كان القول قول صاحب الرهن أنه لم يرهن ، وكذلك في المبيع مثل ذلك .

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سقطت من الأصل.

⚜ **والجواب**: هو إنما كان كذلك، لأن المرتهن ليس معه شاهد يشهد لدعواه، فقلنا إن القول قول الراهن وليس كذلك في مسألتنا، لأن معه شاهد يشهد لدعواه وهو قيمة الرهن الذي أقيم مقام الشاهد في الشرع.

❊ **قالوا**: ولأن الزوجين لو اختلفا في الطلاق، فقالت المرأة طلّقني، وقال الزوج ما طلقتك، كان القول قول الزوج، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون ههنا القول قول الراهن.

⚜ **والجواب**: هو إنما كان كذلك، لأن المرأة لا شاهد لها يشهد لما تدعيه من الطلاق فلذلك لم يكن القول قولها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا شاهد يشهد وهو قيمة الرهن، فكان المرجع إليه كالمرجع إلى الشهود على الدين. وعلى أن في الزوجة أيضا قد يقبل قولها وإن خالفها الزوج في ذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته المدخول بها اختاري لنفسك، فتقول اخترت الثلاث ويقول الزوج إنما خيرتك في واحدة، فإننا نلزمه ما قالت ولا يلتفت إلى قوله، وإنما كان كذلك؛ لأن سببها قوي إذ لا تكون مختارة لنفسها إن ألزمناه واحدة، لأن له أن يرجعها شاءت أم أبت.

❊ **قالوا**: ولأنها لو ادعى جوهري جوهرة في يد زيات أو كناس لم يقبل قوله فكذلك الدباغ مع العطار.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأن مالكا رحمه الله قد قال: إنهما إذا كانا في دار واحدة أو موضع واحد فتداعيا ذلك، كان القول قول الجوهري فيما يدعيه من الجوهرة، وكذلك الدباغ مع العطار فلم يسلم ما قالوه. والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا اختلفا في عين الرهن، فقال الراهن ليس |[١٢٧ب] هذا رهني وقال

المرتهن هذا هو الذي رهنته عندي كان القول قول المرتهن[1].

وإنما قلنا ذلك، لأنه مؤتمن على عين الرهن، والراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعرف بها، ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن عنده في قبضته ولم يتوثق على ذلك بالإشهاد على عينه، وجب أن يكون القول قوله في ذلك لأنه أمين.

فَصْلٌ

ومن أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه، وأنكر ربها أن يكون رهنها وأنكر الدين أو اعترف به فالقول قول رب السلعة مع يمينه[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن الذي في يده معترف له بها ومدع تعلق حق له بعينها فلا يقبل منه ذلك إلا ببينة، ولا يكفي في ذلك كونها في يده، لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها فلا يقبل منه ذلك.

فَصْلٌ

ونماء الرهن على ضربين: أعيان نامية من عينه وأعيان غير نامية من عينه وهي من منافعه، فأما غير النامية من عينه فلا تدخل مع الرهن في كونه رهنا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك[3].

وإنما قلنا ذلك: لأن الأجرة والغلة أعيان منفصلة عن الرهن، فلا يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجارات فلا يدخل معه ذلك كغيرها من الأموال. ولأن ذلك غلة وخراج، والرهن يتناول العين

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٧١، المدونة: ٤/١٥٣، ١٥٤، التفريع: ٢/٢٦٤.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٦٤، الكافي: ٤١٥.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٢٧٠، المدونة: ٤/١٣٤، ١٣٥، التفريع: ٢/٢٦٠ المنتقى: ٧/٢٤٤، ٢٤٥.

دون المنافع.

ولأن الرسول ﷺ قال: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»(١) وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق حق لغيره به.

وأما الأعيان فضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فأما ما لا تتميز فهو مثل كبر الصغير وسمن المهزول فهذا لا خلاف أن حكمه حكم العين (المهزولة)(٢). وإنما قلنا ذلك، لأن حكمه حكم الأصل، لأن نفس العين ليس بمعنى زائد عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم، فكذلك إذا طرأ عليه.

وأما ما يتميز فنوعان: نوع منها نسل أو ما يجري مجرى النسل في الحكم، فهذا يكون رهنا مع الأصل كولد الأمة والدابة وفسيل النخل وفرخ الشجر، وأما النوع الآخر فلا يوصف بذلك فلا يكون رهنا مع الأصل |[١٢٨أ] كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك(٣).

مسألة:

عندنا أن جميع نماء الرهن من ولد ولبن وصوف وجميع منافعه له(٤).

وبه قال أبو حنيفة(٥) والشافعي(٦).

وقال أحمد بن حنبل: الدر يكون للمرتهن دون الراهن(٧).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في ط: «المرهونة».

(٣) انظر: النوادر: ١٠/١٨٠، التفريع: ٢/٢٦٠، الكافي: ٤١٢.

(٤) انظر: الموطأ: ٢/٢٧٠، المدونة: ٤/١٣٥، التفريع: ٢/٢٦٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٥٢.

(٦) انظر: الأم: ٤/٧٣٧ وما بعدها.

(٧) انظر: المغني: ٦/٥١٤، ٥١٥.

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[1].

فوجه الدليل منه، أنه ﷺ جعل غنمه الذي هو زيادته له، وهذا يدل على أنه مبقى على ملكه، وأن لا حق للمرتهن فيه.

وروي أن النبي ﷺ قال: «من رهن دابة فعليه نفقتها وله حلبها ودرها»[2] وهذا نص في ما اختلفنا فيه.

والقياس هو أنه محبوس لاستيفاء حق فلا يوجب كون النماء له، أصله البائع إذا أمسك المبيع ليستوفي الثمن، فإن ما حدث من نماء المبيع فإنه يكون للمشتري لا للبائع، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن عقد الرهن إنما تناول حبس الرهن على الوثيقة لا على استغلال منفعته له فلم يجز له أن يتملكه شيئا من ذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»[3] والرهن عندكم مضمون فيجب أن يكون النماء له لأنه مضمون عليه.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه مضمون عليه؛ لأنه إذا أقام بينة بهلاكه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وأصله ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدَّر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة». أخرجه في كتاب الرهون، باب الرهن مركوب ومحلوب، ر: ٢٥١٢، ٢/٢١١.

(٣) أخرجه أبوداود في أبواب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، ر: ٣٥٠٨، ص ٣٨٩، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، ر: ٢٠٢٤٣، والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ثم يستغله، ١٢٨٥، ٣/٥٧٤، وقال الترمذي، حديث حسن صحيح، وقد روي من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم.

فإنه لا يضمنه وكذلك ما يظهر من ذلك (هلاكه)[1] مثل هدم الدار وموت الدابة جميع ذلك غير مضمون، وأما إذا ادعى هلاك ذلك ولم يعلم صدقه فإنا نضمنه ذلك.

وأما قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[2]، إنما أراد بذلك (ﷺ)[3] لمن يضمن ضمان الملك حتى يكون تلفه منه فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا ما كان من نسل نماء، فإنه يكون رهنا مع الأصل، مثل ولد الجارية وولد البهيمة، وأما ما كان من دار أو صوف أو ثمرة، فإنه لا يدخل في الرهن (منه شيء)[4][5].

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: جميع النماء يدخل في الرهن مع الأصل[6].

وقال الشافعي: جميع النماء لا يدخل مع الرهن منه شيء[7].

والدليل على أبي حنيفة وأن الدّر والصوف واللبن لا يكون رهنا مع الأصل، |[١٢٨ب] ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[8] فجعل غنمه الذي هو زيادته ونماؤه له.

---

(١) سقطت من ط.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سقطت من الأصل.

(٤) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٥) انظر: الموطأ: ٢/٢٧٠، المدونة: ٤/١٣٥، التفريع: ٢/٢٦٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٥٢.

(٧) انظر: الأم: ٤/٣٣٧، ٣٣٨ ـ الحاوي الكبير: ٦/١٢٠، ١٢١

(٨) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: فنحن كذلك نقول وأنه للراهن، وإنما اختلفنا في كونه (رهنا)[1] مع الأصل.

❁ **والجواب**: هو أن هذا الكلام يجب أن يحمل على فائدة، لأننا قد علمنا أنه ملك له، فيجب أن يكون ما ذهبنا إليه من كون النماء الذي هو الدر والصوف لا يدخل معه، والولد يدخل معه، لأنه من جنسه.

والقياس: هو أنه نماء متميز عن الأصل، مخالف له في الخلق والصورة، فوجب أن لا يكون رهنا مع الأصل أصله الكسب.

❊ **قالوا**: المعنى في الكسب إنما لم يدخل مع الأصل في الرهن لأنه ليس من نماء الأصل، وإنما ملك منفعة أخرى، وهو الاحتطاب والاحتشاش، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الدار والصوف والثمرة من نماء الأصل فكان مع الأصل كالولد.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الخدمة والكسب هي من نماء غير الرهن لا فرق بينهما، وأما الولد فإنما دخل مع الأصل، لأنه من جنس الأصل لا مخالفة في الخلقة والصورة، والحكم إذا ثبت في الرقبة ثبت في الولد فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه نماء من غير جنس الأصل فلا يكون رهنا مع الأصل أصله الأجرة والكسب الذي ذكرناه.

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه نماء متميز فوجب أن يكون مع الأصل أصله الولد.

❁ **والجواب**: هو أنه ينكسر بالكسب، فإنه نماء متميز من الأصل، ومع

---

(١) «رهنا» سقطت من ط.

ذلك فإنه لا يكون مع الأصل في الرهن. والمعنى في الولد إنما يتبع الأصل لأنه مشابه له في الخلقة والصورة، وجميع أحكام الأصل مبنية فيه فلذلك تبع، لأنه تابع لأمه في جميع الأحكام، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الدر والصوف والثمرة غلة فلا يتبع الأصل، كالكسب لما كان غلة لم يتبع الأصل، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأنه لو رهن عنده أمة ولها مال لم يدخل مالها في الرهن، فكذلك الثمرة والصوف والدر يجب أن لا يتبع الأصل.

وأما ||[١٢٩أ] الشافعي فالدليل عليه وأن الولد يدخل مع الأصل؛ حيث قال: إن الولد أيضا لا يدخل، هو أنه حق تعلق بالرقبة فوجب أن يسري إلى الولد، أصله الاستيلاد وولد المكاتبة وولد الأضحية، ولا يلزم عليه ولد المستأجرة، لأنا قلنا حق تعلق بالرقبة، والعقد في الإجارة تعلق بالمنفعة فلا يسري إلى ولدها ولا يلزم عليه ولد الجانية، لأنه قد روي عن مالك رحمه الله: أن ولد الجانية إذا حدث بعد الجناية وقبل الحكم فإنه يدخل مع الأم، وروي عنه أنه لا يدخل[1].

فإذا قلنا إنه يدخل مع الأم فلا يلزمنا، وإن قلنا إنه لا يدخل معها، فإنما كان كذلك؛ لأن حكم الجناية لا يتعلق بالرقبة، لأن للسيد أن يفديها وليس له دفع غير الرهن، ونحن قلنا إن في علتنا حق تعلق بالرقبة.

❊ **قالوا**: المعنى في ولد أم الولد إنما يتبع الأصل (لأن أم الولد)[2] حصل لها حرمة الحرية، فهي خارجة من رأس المال، فالولد يأتي في غير ملك، فلذلك كان حكم الولد حكمها وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الحق إنما هو على سبيل التوثق، والتوثق إنما هو بعين الرهن لا بنمائه.

---

(١) انظر: المدونة: ٥٧٩/٤، النوادر: ٣٣٩/١٣.

(٢) ما بين قوسين سقط من الأصل.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه في غير الولد، ولأنه لا يكون معه رهنا، وأما الولد فإنه من جنسه وصفته وخلقته، وأنه إذا تبع في الاستيلاد لأجل ما ذكرتموه من الحرمة التي حصلت للأم بالحرية، وإنما كان كذلك لأجل أن الحكم يتعلق بالرقبة، والحق ههنا الذي هو (الحكم)[1] تعلق أيضا بالرقبة، فوجب أن يتبعها في ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وأما ولد الأضحية فإنه يتبع الأصل؛ لأنه إذا نذر ذلك حصلت للفقراء والمساكين فالولد يتبع الأصل.

⚜ **والجواب**: هو أنه ههنا حصل العقد على الرقبة، والولد يتبعها كالبيع والهبة وجميع الأحكام المتعلقة بالرقبة.

وقياس آخر: وهو أن كل ما يتبع أم الولد يتبع المرهون في الرهن أصله السمن.

❊ **قالوا**: المعنى في السمن أنه لا يتميز من الأصل، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يتميز من الأصل فلا يدخل مع الأصل كالصوف والدر.

⚜ **والجواب**: هوإن كان متميزا عن الأصل إلا أنه على حلقة الأصل في جنسه فوجب أن يكون تابعا له كما يتبعه في جميع الأحكام التي تلزمه.

وقياس آخر، وهو أنه مال حصل بسبب |[١٢٩ب] الرقبة يجوز استيفاؤه منها فوجب أن يدخل الولد في ذلك، أصله حبس المبيع لاستيفاء الثمن، ولا يلزم عليه ولد المستأجرة، لأنا قلنا بسبب الرقبة ولا ولد الجناية لأنه يدخل على إحدى الروايتين.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه دخل في العقد وليس كذلك في مسألتنا.

---

(١) ساقط من الأصل.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأن عندنا بنفس عقد الرهن دخل الولد فيه أيضا فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر، وهو أنه عقد لازم في الرقبة لا ينعقد إلا على ملك يتبع فيه الولد الأم، أصله ولد المبيعة. أو لأنه عقد لازم في الرقبة قد يفضي إلى زوال الملك، فكان الولد فيه تابعا لأمه أصله المكاتبة والمدبرة، أو لأنه نماء من جنس الرهن فكان رهنا معه أصله النماء المتصل مثل السمن (والهزل)[1].

واحتج بقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[2].

⚜ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول وأنه ليس فيه أن الولد لا يتبع الأصل.

❊ **قالوا**: فقد علمنا ذلك فلا بد من فائدة تقيد الخبر.

⚜ **والجواب**: هو أن فائدته أن نماءه الذي ليس من جنسه لا يكون معه رهنا، وما كان من جنسه وصورته يكون معه رهنا.

❊ **قالوا**: ولأن الرهن وثيقة بالحق، فلا يدخل الولد معه في الضمان أصله الضامن للحق، فإن ولده لا يدخل معه فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن نماءه الذي هو سمنه وطوله وعرضه لا يدخل في الرهن فكذلك ولده أيضا لا يدخل معه، والثاني هو أن المعنى في الضامن أنه لا يستوفي الحق من رقبته (فلذلك لا يدخل ولده معه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الحق قد يستوفي من رقبته)[3] فكان ولده معه

---

(١) في ط: «والطول».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

فيه ، ولأن الضامن إنما يتعلق الحق بذمته ، فكذلك لما يدخل ولده معه وليس كذلك في مسألتنا .

❊ **قالوا:** ولأنه حق تعلق بالرقبة فلا يتبع الولد فيه الأم أصله ولد الجانية .

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه ولد المبيعة والمدبرة ، وولد المكاتبة ، وأم الولد ، وولد الأضحية المنذورة ، كل ذلك قد تعلق بالرقبة ومع ذلك الولد في ذلك يتبع الأم .

وأما ولد الجانية فلا نسلم ، لأن مالكا رحمه الله قد قال: ولد الجانية إذا حدث بعد الجناية وقبل الحكم ، فإنه يدخل مع أمه |[١٣٠أ] في حكم الجناية ، فلم يلزم ما قالوه من ذلك .

وإن سلمنا ، فالمعنى في ولد الجانية أن الحق ما لزم في رقبتها ، لأن للسيد أن يفتكها فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا:** ولأنه محبوس لاستيفاء فلا يتبع الولد فيه الأصل أصله ولد المستأجرة .

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه ولد المبيعة ، لأن أمه محبوسة لاستيفاء الثمن ، ومع ذلك فالولد يكون محبوسا معها . والمعنى في ولد المستأجرة إنما لم يدخل مع أمه ، لأن العقد وقع على منافعها فلا يدخل ولدها معها في ذلك وليس كذلك في مسألتنا ، لأن العقد ههنا حصل على الرقبة فكان الولد تابعا لأمه فيه .

❊ **قالوا:** ولأن الولد لو كان مما يتبع الأم في عقد الرهن لوجب أن يأخذ قسطا من العوض ، ألا ترى أن من رهن عند رجلين عبدين فتلف أحدهما ، فإن ذلك يأخذ قسطا من العوض ، وإذا ثبت وتقرر أنه لا يأخذ منه قسطا ثبت أنه لا يبيع الأم في الرهن .

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ (لأن الرهن ليس لما ذكرتموه من أخذ القسط، وإنما هو أن الحق تعلق برقبته، بمعنى أنه إذا امتنع منه الراهن)[1] استوفى ذلك منه فالولد تابع له في حكمه، لأنه كالجزء منه، لأنه على صورته وجنسه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

ونفقة الرهن على راهنه[2].

وإنما قلنا ذلك: لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفاية ومنفعته وخراجه له دون مرتهنه لأنه على ملكه، وإنما للمرتهن منه حق التوثق وهو أخذ دينه من يمينه عند تعذر أدائه.

مَسْأَلَة:

عندنا إذا غصب عينا فهي مضمونة عليه بالغصب، فإذا رهنه مالكه عند الغاصب قبل أن نقيضه من الغاصب فهو رهن عند الغاصب وضامن له ضمان الرهن إذا كان مما يغاب عليه ويزول بذلك ضمان الغصب[3].

وبه قال أبو حنيفة[4]، والمزني[5][6].

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٤٦، النوادر: ١٠/١٨٣ وما بعدها، العتبية مع البيان: ١١/٦٣، ٦٤ - التفريع: ٢/٢٦٠

(٣) انظر: التفريع: ٢/٢٥٩، الكافي: ٤١١، ٤١٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٥٦.

(٥) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني ولد سنة خمس وسبعين ومائة، وحدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما، روى عنه ابن خزيمة والطحاوى وزكريا الساجى وابن جوصا وابن أبى حاتم وغيرهم، وكان جبل علم مناظرا محجاجا، أخذ عن المزنى خلائق من علماء خراسان والعراق والشام، وتوفي لست بقين من شهر رمضان سنة أربع وستين ومائتين. رحمه الله. طبقات الشافعية الكبرى، ٢/٩٣؛ طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة: ١/٥٨.

(٦) انظر: مختصر المزني: ٩٤.

وقال الشافعي: لا يزول ضمان الغصب وإن كان ذلك رهنا[1].

ودليلنا: هو أنه عقد يقتضي امساك العين بإذن مالكها فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله، أصله الوديعة. ولأنه حصل رهنا مقبولا في يد الغاصب فوجب أن يزول ضمان الغصب أصله إذا قبضه ممن وهبه.

وإن شئت قلت: |[١٣٠ب] لأنه أذن له في مال ماله فلا يكون مضمونا عليه أصله إذا أودعه إياه. ولا معنى لقولهم إنه يضمن ذلك أيضا إذا أودعه إياه، لأن هذا لا يجوز، لأن الأمين لا يضمن في الأصول كلها إلا بالعدوان.

❊ **قالوا:** المعنى في الوديعة أن العقد يبطل فيها بالعدوان وليس كذلك في مسألتنا لأنه بتعديه لا يبطل فافترقا.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إذا تعدى في الرهن فإن عقد الرهن قد زال وصار مضمونا عليه فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر وهو أنه حكم من أحكام الرهن فوجب أن يزيل الضمان أصله المأثم والظلم، لأنه لما رهنه إياه زال الإثم، فكذلك أيضا يزول الضمان أصله الغصب يكون رهنا.

وقياس آخر: وهو أنه ما يسقط الضمان بالرد يسقطه بالرهن أصله الإثم، ولا يلزم عليه الاستدامة لأنه يضمن ذلك بالعدوان، ولأنه عقد صحيح طرأ على عين مغصوبة فزال الضمان أصله البيع والهبة، لأنه لو باعه منه أو وهبه منه لزال ذلك فكذلك في مسألتنا.

ولا معنى لقولكم، إنه لا تأثير لقولكم عين لأنه لو كان على منفعة لكان

---

(١) انظر: الأم: ٢٩٦/٤، الحاوي الكبير: ٣٩/٦، ٤٠

بهذه المثابة لأنه لا يصح لأن التأثير يراد لصحة العلة، وههنا العلة صحيحة.

❊ **قالوا**: المعنى في البيع والهبة أنهما ينافيان الضمان وليس كذلك في مسألتنا فإن الرهن لا ينافي الضمان.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، لأن الرهن مما ينافي الضمان أصلا، ألا ترى أنه عندكم أمانة، ولأن الإنسان قد يجب عليه الضمان في ملكه، ألا ترى أن الراهن لو جنى على الرهن وجب عليه، وكذلك إذا جنى السيد على عبده الجاني.

❊ **قالوا**: فذلك لا يكون ضمانا وإنما يجب عليه قيمته، ألا ترى أنه يجوز له افتكاكه بما شاء.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح لأنه لا بد له من ضمانه على وجه.

وقياس آخر: وهو أنه عقد معلق به الضمان فإذا طرأ على الغصب أسقطه البيع، ولأن الرهن ينافي الضمان، الذي يدل عليه؛ أنه إذا رهنه شيئا وقال له شرط أن تضمنه فإن ذلك لا يصح، وكذلك في مسألتنا وجب أن يزول الضمان بالإذن.

ولأن عقد الرهن لا يخلو إما أن يكون: قبضا مضمونا ||[١٣١أ] على ما نقوله نحن، أو قبض أمانة على ما تقولون أنتم. فإن كان قبضا مضمونا فقد صار ضمان الرهن مخالفا لضمان الغصب، فإذا طرأ عليه نفاه مثل ضمان البيع، وإن كان أمانة؛ فإن المالك إذا ائتمن إنسانا في الشيء المغصوب زال عنه ضمان الغصب بعد ائتمانه إياه إلا بعقد مستأنف كما لو أودعه إياه فدل على ما ذكرناه.

❊ **واحتج بأن قال**: هو أنه مغصوب في يده فمن زعم أنه قد زال ضمان الغصب فعليه الدليل.

❁ [**والجواب**: هو أنه نعارض بمثله، فنقول لأنه أمانة في يده، فمن زعم أنه مضمون عليه فعليه إقامة الدليل][1].

❊ **قالوا**: ولأنها حالة من أحوال الرهن فلا ينافي الغصب أصله حالة الاستدامة.

❊ **قالوا**: فنقيس حالة الابتداء على حالة الاستدامة، وذلك أنه إذا تعدى عليه في حالة الاستدامة فإنه يكون مضمونا عليه ضمان الغصب، فكذلك في حالة الابتداء.

❁ **والجواب**: هو أنه لا يجوز اعتبار حالة الاستدامة بحالة الابتداء، وذلك أنه في حالة الاستدامة طرأ منه العدوان على مال لم يبرأ منه فلذلك لزمه ضمانه، وليس كذلك في مسألتنا وهي حالة الابتداء، لأنه أبرأه منه ثم طرأ عقد الرهن بعد ذلك، وصار بمثابة ما لو كان عليه دين فأبراه منه فإنه لا يمنع من طريان ضمان آخر عليه.

❊ **قالوا**: فهذا لا يشبه الدين، لأن الدين يحتاج إلى تجديد آخر وههنا تجدد شيئ غير كونه رهنا وذلك لا ينافي ضمانه.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لما أذن له في كونه رهنا فقد زال ضمان الغصب، لأن يد العدوان قد زالت، ألا ترى أن الإثم والظلم يرتفع مع ذلك، وذلك كان موجودا قبل الإذن، فلولا أن ضمان الغصب قد زال ما زال الإثم والظلم فلم يصح ما قالوه.

والثاني: أليس هذه حالة من أحوال الرهن، ومع ذلك قد زال حكم الإثم والظلم ما كان يمتنع أيضا يزول الضمان، لأن الإثم والظلم إنما يتعلقان

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

بالعدوان، فلما زالا بكونه رهنا دل على أنه قد خرج من كونه مغصوبا، وإلا كان يجب بقاء الإثم والظلم والعدوان على ما كان قبل ذلك فلم يصح ما قالوه.

[والثاني هو أنا نقول بموجبه فيما يغاب عليه][1].

❊ **قالوا**: ولأن عقد الرهن عقد لا ينافي طريان الضمان [عليه][2] فلا ينافي ضمانا سابقا، أصله النكاح، وذلك أنه لو جنى على امرأة بأن وطئها أو قطع |[١٣١ب] أصبعها ثم تزوجها، فإن ذلك الزوج لا يزيل الضمان المتقدم فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنه يبطل بالإثم والظلم، فإنه لا ينافيه في الثاني. وإن كان ههنا قد زال ذلك الإثم والظلم المتقدم. وعلى أن المعنى في ذلك أنه ما وجد الإبراء منه فكذلك لم يزل الضمان وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد أبرأه منه، ألا ترى أن الإثم والعدوان والظلم قد زال فيجب أن يزول ضمان الغصب، لأن الحكم إذا ثبت لعلة زال بزوالها كالشدة المطرية، من المحال أن تزول الشدة فيبقى حكم التحريم فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها يد متعدية فوجب أن لا يزيل الضمان السابق، أصله إذا كان قد جنى على ثوب ثم استؤجر على دفو ذلك الثوب فإنه لا يزيل ضمان ما تقدم كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، وأن هذه يد متعدية بل هذه يد حصلت بإذن مالكها والذي يدل على ذلك أن حكم اليد المتعدية قد زال بالظلم والإثم قد زالا فكيف يجوز أن يقال هذه يد متعدية فلم يصح ما قالوه من ذلك. وعلى

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من ط، والظاهر أنه أولى بالصواب حسب ما يقتضيه السياق.

(٢) ساقط من الأصل.

أنه يلزم عليه إذا أودعه إياها أو وهبها منه ، وعلى أن المعنى في ذلك ، وهو أنه ما وجد الإبراء من العدوان ، فلذلك لم يزل بالاستئجار وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد وجد الإذن من المالك وذلك يؤذن بزوال الضمان كالوديعة.

❊ **قالوا**: ولأن الرهن معنى لا يزيل الملك فلا يزيل الضمان المتقدم أصله الجناية المتقدمة.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه يبطل بما إذا أودعه إياها أو باعه إياها. والثاني هو أنه ليس يزيل الملك وقد زال الإثم والظلم والعدوان ما كان يمتنع أيضا أن يزول حكم الغصب.

والمعنى في الجناية المتقدمة أنه ما وجد الإبراء منها فلذلك لم يزل الضمان وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه وجد الإبراء وهو قوله رهنتك كما لو قال أودعتك أو بعتك أو وهبتك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن ما حدث بعد الغصب إلا كونه مرهونا ، والرهن لا يزيل | [١٣٢أ] الضمان لأنه قد يطرأ عليه بأن يتعدى عليه فما وجد شيئا أزال ذلك.

❊ **والجواب**: هو أن هذا ليس بكلام صحيح ، لأنه قد وجد ههنا الإذن من المالك الذي ينقل الأملاك ويزيلها ، والذي يدل على ذلك أن هذا الإذن من المالك قد زال الإثم وأزال الظلم والعدوان ، ومن المحال أن يزول الإثم والظلم والعدوان ويبقى مغصوبا كما كان فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وأما طريان العدوان عليه فإننا لا نمنع من ذلك ، ألا ترى أنه لو رهن عنده عينا غير مغصوبة كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه. ولأنه غير ممتنع أن يكون الشيء قد ثبت فيه حكم ثم إذا طرأ عليه شيء آخر أزاله ، ألا ترى أنه لو رهن عنده خلا فصار خمرا بطل الرهن ولو صار خلا عاد رهنا ، وكذلك لو أودعه شيئا

فتعدى عليه ثم أعاده إلى يده فإنه يعود إلى ما كان عليه فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** فلا نسلم أن الخل يعود رهنا إلا بعقد جديد مستأنف.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يحتاج إلى ذلك، لأنه رهن كما كان، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

والرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك: أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض من ذلك تسعمائة، فإن العبدين يبقيان رهنا بالمائة الباقية، ولا يستحق على الراهن تسليم ذلك، ولا تسليم واحد من العبدين، وكذلك لو أقبضه العبدين فتلف أحدهما كان الباقي رهنا بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم، مثل أن يرهنه كرين حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهما فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما (في)[1] مقابلة الحق.

ومن الناس من قال: إنه يستحق رد ما أدى بقدره[2].

وإنما قلنا ذلك: لأن الرهن مال محبوس بحق فيجب أن يكون محبوسا بكل جزء منها. أصله |[١٣٢ب] لو مات وعليه دين وخلّف تركة، فإن جميعها محبوس على الدين، فلا يستحق الورثة منها شيئا، إلا بأداء جميع الدين. ولأنه وثيقة بحق فيجب أن يكون وثيقة به وبكل جزء منه، أصله الضمان.

❊ مسألة:

عندنا إذا رهنه رهنا بحق له عليه، ثم أراد أن يأخذ منه زيادة على ذلك

---

(١) في ط: «بقي».

(٢) لم أقف على من قال بهذا، وزعم ابن المنذر أن الإجماع منعقد على أن الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وبه صرح ابن قدامة في المغني: ٤٨١/٦. الإجماع لابن المنذر: ١٣٩.

الحق، ويكون الرهن رهنا بهما جميعا، فإن ذلك جائز[1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك، والرهن رهن بالحق الأول دون الثاني[2].

وبه قال الشافعي في الجديد[3].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، ولم يفصل بين أن يكون رهنا مقبوضا بالدين الأول والثاني أو بهما جميعا.

والقياس: هو أنها وثيقة محضة فجاز زيادة دين عليها أصله الكفالة والشهادة. أو لأنها وثيقة فإذا اشتغلت بحق جاز اشتغالها بحق آخر، أصله الشهادة والكفالة، ولا يلزم عليه جنس المبيع لاستيفاء الثمن لأنا قلنا وثيقة، وذلك ليس بوثيقة.

❊ **قالوا:** فالمعنى في (الشهادة)[4] والكفالة، أن ذلك يجوز أن يتوثق به في حق آخر غير هذا الحق، وليس كذلك الرهن، لأنه يجوز أن يكون رهنا عند انسان ويكون رهنا عند آخر بحق آخر.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يجوز أن يرهن فضل رهنه عند إنسان آخر، **وهو أظهر الروايتين عن مالك** رحمه الله، بغير رضى المرتهن الأول. فأما برضاه فإن ذلك جائز لا خلاف فيه عندنا[5]. ولو سلمناً؛ فالفرق يبطل بالعبد الرهن يجني جناية فيفديه المرتهن بإذن الراهن، فإنه يكون رهنا بالحقين جميعا فلم يصح ما قالوه.

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/١٩٢، التفريع: ٢/٢٦٢، ٢٦٣.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٣.
(٣) انظر: الأم: ٤/٣٢٠، ٣٢١.
(٤) في ط: «في الشهود».
(٥) انظر: النوادر: ١٠/١٩٢، التفريع: ٢/٢٦٢.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة في التراهن في حق المراهنين فكان ذلك جائز كالزيادة في الرهن، وقياس آخر: وهو أنه مال يحتاج إليه في الرهن فجاز إلحاقه بالرهن أصله حال الابتداء.

وقياس آخر: وهو أنه حق تعلق بالرقبة يجوز استيفاؤه منها، فإذا اشتغلت |[١٣٣أ] بحقٍ جاز اشتغالها بحق آخر، أصله رقبة العبد الجاني إذا طرأت عليه جناية أخرى.

❊ **قالوا:** لا نسلم في العبد الجاني، لأن السيد عندنا فيه بالخيار، إن شاء سلمه وإن شاء افتكه.

⚜ **والجواب:** هو أنه ليس كذلك عندنا، والثاني: هو وإن كان كذلك إلا أنه يحبس على ذلك.

❊ **قالوا:** وإن سلمنا؛ فالمعنى في رقبة الجاني أنه يجوز أن يشتغل بحق آخر وليس كذلك الرهن، لأنه لا يجوز أن يشتغل إلا بما هو فيه.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه الزيادة في ثمن المبيع، فإنه يجوز ذلك مع البائع ومع غيره لا يجوز، ولأنا قد بينا أن ذلك جائز في الرهن إذا كان فيه فضلة فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه رهن لزم بدين، فلا يجوز أن يثبت بغيره، أصله إذا رهن عند رجل شيئا بألف وأراد أن يرهنه عند آخر، فإنه لا يجوز فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم، لأن عندنا يجوز ذلك إذا كان فيه فضل على احدى الروايتين عن مالك رحمه الله بغير إذن المرتهن، وأما إن أذن في ذلك فلا كلام فيه.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يثبت (ذلك)[1] مع العاقد ومع غيره لا يثبت، ألا ترى أن الزيادة في الثمن تثبت مع العاقد عندكم، ومع غيره لا يثبت، وكذلك أيضا في مسألتنا يجوز أن تثبت مع الراهن ولا تثبت مع غيره، وعلى أنا إن سلمنا لكم ذلك؛ فإن ذلك ضرر، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا ضرر على هذا المرتهن لأنه تحت يده غير خارج منه، فكان ذلك جائزا، وفيما ذكروه يخرج عن يده فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه عقد لا يجوز تجديده مع غير العاقد بمثله فلا يجوز مع العاقد. أصله البيع والإجارة، ولأنه لو أراد أن يبع الشيء المبيع من غير المشتري بعد أن عقد عليه معه لم يجز، وكذلك العين المستأجرة.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم، لأنه يجوز عندنا مع العاقد ومع غير العاقد فلم يصح ما قالوه.

وعلى أنه ينكسر بالزيادة في الثمن، فإن ذلك جائز مع العاقد ومع غيره لا يجوز ذلك. والمعنى في المبيع أنه عقد معاوضة، وعقد المعاوضة بين المتبايعين يقتضي تسليم ذلك إليه، فلذلك لم يجز أن يعقد عليه مع غيره وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الزيادة ههنا (هي المعقود عليها)[2]، ألا ترى أن في الرهن يجوز أن تكون في حال |[١٣٣ب] الابتداء بمائة ثم يجوز أن تكون في حال الأداء رهنا بدرهم واحد، وفي باب البيع والإجارة لا يجوز ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن الرهن الأول قد يشغل الدين، وهذه الزيادة لا تجد ما تشغله فوجب أن لا يصح.

---

(١) سقطت من الأصل.

(٢) في ط: «هي في المعقود عليه».

❀ **والجواب**: هو أنه يبطل بحالة الابتداء، فإنه يكون بألف ولو أدى إليه جميع ذلك حتى بقي درهم واحد كان رهنا بذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الرهن عندنا مضمون بالقيمة من يوم العقد، وهذه الزيادة لم تدخل في العقد.

❀ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، لأن الرهن عندنا ينقسم إلى قسمين، إلى أمانة وضمان فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا رهن رهنا على مقدار قيمته أو أقل، ثم أراد أن يرهن فضله من آخر، فليس له ذلك إلا بإذن مرتهنه، فإن رضي جاز ذلك، وأما إذا لم يرض نظر في ذلك: فإن كان الرهن بقدر الحق أو قيمته أو أقل من قدر الحق لم يجز ذلك له، وأما إن كانت قيمة الرهن زائدة على قدر الحق وأراد أن يرهن فضله، فقد اختلف القول في جواز ذلك:

فروي عن مالك رحمه الله جوازه وإن لم يرض، وقيل: إنه لا يجوز إلا بإذنه[1].

وإنما قلنا ذلك: أنه لا يجوز إذا كان (بقدر قيمة الحق)[2] إلا بإذن مرتهنه، لأن في ذلك رجوعا عن الرهن، كما لو رهن عبدين فأراد انتزاع أحدهما، وذلك لأن المرتهن الثاني يزاحم الأول في الرهن بعد تعلق (حق)[3] الأول به وانفرادهما باستحقاقه فلم يجز ذلك إلا برضاه.

وإنما قلنا إنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه؛ (لأن المنع من

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/١٩٢، التفريع: ٢/٢٦٢، ٢٦٣.
(٢) في ط: «إذا كان بقيمة الحق».
(٣) كلمة «حق» سقطت من الأصل.

ذلك لحقه)[1] ، فإذا رضي بإسقاطه لم يبق ما يمنع من أجله ، ولأنه لو كان بقدر الحق فقد رضي أن يزاحمه غيره ، وهو كما لو رهن عبدين فأراد أن يرجع في أحدهما ويرهنه من آخر ، فإن المرتهن إذا رضي بذلك جاز ، وإن كان أكثر من قدر حقه كان أولى (بالحق)[2] ، أو لأن الضرر مأمون فيه.

(ووجه القول بأنه إذا رضي جاز ولا يجوز بغير إذنه ؛ لأن في ذلك إضرارا به ومشاركة لغيره في حقه ، وذلك رجوع في الرهن ، ولأنه رهن بحق ، فإذا زوحم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به ، أصله إذا كان بقدر الحق)[3] .

ووجه القول بأن |[١٣٤أ] ذلك جائز وإن لم (يرض)[4] هو ، أنه لا ضرر عليه في ذلك ، لأن حقه مقدم على حق الآخر ، والآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر (حقه)[5] وليس له حق فيما زاد على قدر حقه.

مسألة:

إذا رهن عبدا ثم أعتقه فلا يخلوا أن يكون موسرا أو معسرا: فإن كان موسرا نفذ عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإنما قلنا ذلك: لأن العتق مبناه على التغليب (والسرايه)[6] ، (وفي إيقاع العتق له رضا بتعجيل الحق ، لأن الرجوع في الرهن غير جائز ، ولا يجوز رد العتق لقوته ، وأنه مبني على النغليب)[7] ،

---

(١) في الأصل: «لأن المبيع من ذلك يخصه»، والمثبت في المتن من ط ، لأنه أليق بالسياق بالفقهي.

(٢) في ط: «كان أولى بالجواز».

(٣) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٤) في ط: «وإن لم يأذن».

(٥) سقطت من الأصل.

(٦) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٧) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

فلو قلنا إن الحق لا يتعجل، لكان فيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز.

فأما إذا كان يعطيه رهنا غيره، فقد اختلف أصحابنا في ذلك: فقال ابن القاسم: ليس له ذلك، وقال غيره: له ذلك[1]، والصحيح ما قاله ابن القاسم.

وإنما كان كذلك؛ لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين، لأن ذلك إن جوز له، جاز له أن يبذل الرهن بغير رضاه، وذلك غير جائز، هذا جملة الكلام فيه إذا كان موسرا.

فأما إن كان الراهن معسرا فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهنا، فإن أفاد مالا قبل أجله نفذ عتقه وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقي على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا[2].

واختلف قول الشافعي فقال في القديم مثل قولنا، وقال ينفذ مثل قول أبي حنيفة، وقال لا ينفذ ذلك[3].

ودليلنا على أنه لا ينفذ مع الإعسار، قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والراهن قد عقد على نفسه للمرتهن عقدا فوجب الوفاء به.

وقال النبي ﷺ: «ولكل مسلم شرطه»[4].

والقياس: هو أن للعتق معنى يبطل حق المرتهن من الوثيقة مع سلامة الحال وبقاء العين، فوجب أن لا ينفرد به الراهن أصله البيع. ولا يلزم عليه إذا

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٥٨، ١٥٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٣، المبسوط: ٢١/١٣٥ وما بعدها.

(٣) انظر: الأم: ٤/٢٩٩ الحاوي الكبير: ٦/٥٠، ٥٥.

(٤) تقدم تخريجه.

رهن عنده طعاما فاحتاج إلى أكله، لأنا قلنا مع سلامة الحال، ولا يلزم عليه إذا جنى العبد المرتهن، لأنا قلنا مع وجود العين، ولا يمكنهم القول بموجبه، لأنا قلنا فوجب أن لا ينفرد به الراهن، ولا يلزم عليه إذا كان موسرا فأعتقه، لأن ذلك لا يبطل حق المرتهن من الوثيقة، لأنه يزن الحق في الحال ويتعجل على ما ذكرناه.

❊ **قالوا:** لا نسلم في البيع؛ لأن عندنا يكون البيع موقوفا.

⚜ **والجواب:** هو إنما دللنا على أنه لا ينفرد بذلك ولا يصح منه |[١٣٤ب] البيع.

❊ **قالوا:** فلا يمتنع أن لا يصح البيع، ويصح العتق كأم الولد والمكاتب (لا يصح بيعهما وإن صح عتقهما.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن أم الولد والمكاتب)[1] إنما لم يصح بيعهما لأنه قد ثبت لهما حق الحرية، والحرية مقدمة.

فلو قلنا إنه يصح بيعهما، لكان في ذلك إبطال حق الله تعالى الذي وجب لهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا الحق للمرتهن فلا يجوز إسقاطه، لأن في ذلك إضرارا عليه.

❊ **قالوا:** فلا يمتنع أن يكون البيع لا يصح والعتق يصح، كالمبيع في يد البائع على استيفاء الثمن، لأنه يجوز بيعه ولو أعتقه المشتري نفذ عتقه.

⚜ **والجواب:** (هو أنا لا سلم لأن عندنا المشتري إذا كان معسرا لم ينفذ عتقه)[2].

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) ما بين قوسين سقط من ط.

والثاني: أنا نقول بموجبه إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه.

ولأن المعنى في العبد المحبوس لاستيفاء الثمن، أنه لا ضرر فيه على البائع إذا أعتقه، وليس كذلك في مسألتنا.

والثاني: هو أنه لا ينفذ عتقه فيه، لأنه ملك للبائع فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه (معنى)[1] يبطل حق المرتهن من (غير)[2] الوثيقة، فلا يصح من الراهن بعد إذن المرتهن. أصله البيع ولا يلزم عليه الطعام.

❊ **فإن قالوا:** المعنى في البيع إنما لم يجز، لأنه (لا يقدر)[3] فيه على التسليم، وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **والجواب:** هو أن ههنا مثله لا يقدر فيه على التسليم لأن يد المرتهن ثابتة عليه.

وقياس آخر: وهو أن من لا يصح منه تنفيذ البيع لا يصح منه عتق العبد في حال. أصله الأجنبي، ولا يلزم عليه حالة اليسار، لأنا قلنا في حال، ولأن كل عقد منع منه البيع منع منه تنفيذ العتق أصله الأجنبي.

وقياس آخر: وهو أنه محبوس لاستيفاء حق فلا ينفذ فيه العتق من غير رضى من له الحق أصله التركة.

❊ **قالوا:** ففي التركة لا يملكون التصرف.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم، والثاني أن الراهن أيضا لا يملك التصرف

(١) في ط: «هو أنه حق».

(٢) سقطت من الأصل.

(٣) في ط: «لا يقدم على التسليم».

في العين المرهونة.

وقياس آخر: وهو أنه أحد محلي الرهن فلا يملك الراهن نقله من غير رضى المرتهن أصله الذمة لا يجوز نقلها إلى ذمة، فكذلك في الرهن مثله، ولأنه تصرف يمنع من البيع فمنع من العتق في حالة أصله الأجنبي.

واستدلال في المسألة: وذلك أن المرتهن لم يرض بذمة مجردة، وإنما دخل على الذمة (والعتق)[1]، فلو نفذنا عتق |[١٣٥أ] الرهن (المعتق)[2] لكنا قد أحلناه على الذمة المجردة وهو ما رضي بذلك.

ولأن الرهن وثيقة ليصل المرتهن إلى استيفاء حقه منها، فلو نفذنا عتقه مع اعساره أبطلنا حق الوثيقة، لأن الشيء إنما يكون وثيقة حتى متى أراد الراهن الرجوع فيه وإسقاطه حق المرتهن لم يكن له ذلك، ألا ترى أنه ممنوع من الهبة والصدقة والبيع من غريم آخر وهو معسر.

❊ **قالوا:** فينبغي أن يجوزوا بيعه وهبته وصدقته في حال إعساره.

❦ **والجواب:** هو أنه قد روي عن مالك رحمه الله جواز ذلك، فإن دفع الدين جاز ذلك، وكذلك الهبة والصدقة فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو إنما قلنا إنه ينفذ عتقه في حال يسره لحرمة العتق، والراهن يصل إلى حقه، وفي حال استدامة الإعسار ليس كذلك.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا عتق فيما لم يملك ابن آدم»[3]، وهذا ملك له فوجب أن ينفذ عتقه فيه.

---

(١) في ط: «والعين».

(٢) في ط: «المعين».

(٣) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، ر: ١١٨١، ٣/٤٧٧،=

✥ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا كان موسرا فإنه ينفذ عتقه فيه.

والثاني: أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به، وإن قلنا به فالقياس مقدم عليه.

❊ **قالوا**: ولأنه عتق من مكلف صادف ملكه فوجب أن ينفذ، أصله غير العبد المرهون.

✥ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه المريض إذا كان مرضه مخوفا وعليه دين يحيط بماله فأعتق عبده، فإنه لا ينفذ، وكذلك يلزم عليه الحربي إذا أعتق عبده، فإنه عتق من مكلف صادف (ملكه)[1] ولا ينفذ.

وعلى أنا نقول بموجب العلة؛ وهو أنه ينفذ له عتقه إذا كان موسرا، والمعنى في الأصل أن ذلك العبد يملك بيعه والتصرف فيه، فلذلك ملك عتقه وليس كذلك في مسألتنا، ولأن ذلك ليس فيه إسقاط حق المرتهن، فلذلك جاز وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فلا يمنع من نفوذ العتق فيه، أصله المحبوس لاستيفاء الثمن.

✥ **والجواب**: هو أنا نقول به إذا كان موسرا فإنه يجوز له العتق، والأصل غير مسلم، لأن عندنا إذا كان المشتري معسرا لم ينفذ عتقه في العبد المحبوس في الثمن، فقد استوى هو والرهن في ذلك.

= وقال حسن صحيح، وأخرجه عبد الرزاق في الطلاق، ر: ١١٤٥٧، ٤١٨/٦، والبيهقي في الكبرى، باب لا طلاق قبل النكاح، ٣١٠/٦، كلاهما بلفظ: «لا طلاق لمن لم يملك، ولا عتاق لمن لم يملك». ورواه ابن عدي في الكامل ٨٢/٥.

(١) سقطت من الأصل.

وعلى أنا إن سلمنا؛ فالمعنى في ذلك، |[١٣٥ب] أنه ما تعلق به حق الغير وليس كذلك في مسألتنا، لأن ههنا قد تعلق به حق المرتهن، وفي عتقه إبطال حقه، فوجب أن لا يجوز لأجل ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فلا يمنع من نفوذ عتقه. أصله العبد المستأجر.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقول بموجبه إذا كان موسرا، والثاني أن المعنى في العبد المستأجر إنما كان كذلك لأن العقد تناول منفعته، فلما لم يمنع من هبته وبيعه وصدقته لم يمنع من عتقه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما منع من بيعه منع من عتقه فافترقا.

❊ **قالوا:** ولأنا العتق إتلاف فلا يمنع منه الرهن، أصله القتل واستيفاء القصاص منه.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقول بموجبه، والثاني هو أنه يبطل بالبيع، فإنه اتلاف ومع ذلك لا يصح.

والمعنى في القتل؛ أنه من قبل الله تعالى، فلا يمكن دفعه ولا رده وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا:** ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك فلا يمنع من القتل أصله التزويج.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقول به، والثاني أن عقد التزويج لا يمنع من البيع فلا يمنع من العتق وليس كذلك في مسألتنا، لأن العقد ههنا تناول الرقبة.

❊ **قالوا:** ولأنه إذا نفذ منه العتق في ملكه وملك غيره فأولى أن ينفذ في خالص ملكه.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول به مع يساره.

والثاني: هو أنه يملك بيع ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، ولأن في ذلك الموضع لا يؤدي إلى إسقاط حق شريكه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المرتهن فافترقا، والله أعلم.

فَصْلٌ

وإنما قلنا إنه يبطل العتق في حال اليسار أنه لا يبطل حق المرتهن من التوثق، لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق، وأن يوضع له رهن مكانه فحق التوثق باق وبهذا فارق الاعسار. وأما إن أفاد مالا في الإعسار قبل الأجل فإنه ينفذ العتق ويعجل للمرتهن حقه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المنع من نفوذه إنما كان بحق المرتهن، فإذا زال ذلك المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كاليسار ويعجل له حقه، وإنما كان كذلك؛ لأن إعتاقه رضا بتعجيل الحق. وأما إن بقي على إعساره بيع عند الأجل، وإنما كان كذلك؛ لأنه باق على الرق، لأن العتق إذا لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

فَصْلٌ

|[١٣٦أ]

وإذا رهن أمته لم يجز له وطئها(١).

وإنما قلنا ذلك: لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضا لبطلان حق المرتهن منها، لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها. فأما إن وطئها فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان ذلك بإذن المرتهن بطل الرهن.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٥٨، النوادر: ١٠/٢٠٥، التفريع: ٢/٢٦١.

وإنما قلنا ذلك: لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادة الرهن إلى راهنه، وعندنا أن الاستدامة شرط، وإنما متى خرجت عن ذلك بطل الرهن.

وأما إن وطئها بغير إذنه؛ فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وأما إن حملت وله مال كانت أم ولد له وعجل للمرتهن حقه اعتبارا بالعتق.

وأما إن لم يكن له مال، فإنها تباع ويقضى الحق من ثمنها اعتبارا بالحق المنجز.

فأما إن كان ثمنها أقل من الحق، أتبعه بالباقي في ذمته، وأما إن كان ثمنها أكثر بيع منها بقدر الحق، وكان ما بقي لحساب أم ولد.

وإنما قلنا ذلك: لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها ولا يباع الولد بحال[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنه واطئ لأمته داخل على حرية ولده وإن كان فيه شبهة.

فَصْلٌ

وأما إن وطئها المرتهن فإنه يكون بذلك زانيا والحد لازم له، والولد لا يلحق به، ويكون الولد معها رهنا يباع ببيعها[2].

وإنما قلنا إنه يكون بذلك زانيا، لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح، أو ملك، وكل ذلك منتف في حق المرتهن، وليس بواطئ شبهة فوجب أن يلزمه ما يلزم الزاني.

وإنما قلنا أن الولد يكون رهنا معها، اعتبارا بما إذا زنت بغيره لمرتهن فكذلك إذا كان ذلك مع المرتهن.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٦١.

(٢) انظر: النوادر: ١٠/٢١٥، التفريع: ٢/٢٦١.

❁ مسألة:

وأما إذا أذن الراهن للمرتهن في وطئ الجارية المرهونة فوطئها، فإن كان عالما بتحريم ذلك، وجب عليه الحد.

وأما إن لم يكن عالما بذلك وأن مثل هذا يبيح الوطء، فإن ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، ويلزمه قيمتها للراهن لتكامل الشبهة له في درء الحد عنه، وتكون أم ولد له إن حملت، ولا يلزمه قيمة لولدها[(١)].

وإنما قلنا ذلك: لأن السيد لما أباحه وطأها حصل منتفعا بها بإذنه، ودخل على أن ولده حر بذلك للإذن المتقدم، ولا يجب عليه المهر لأجل ذلك الوطء.

وبه قال الشافعي[(٢)].

وقال أبو حنيفة يجب عليه المهر[(٣)].

ودليلنا ما روي أن |[١٣٦ ب] رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[(٤)].

❁ **قالوا**: فهذا المال هو للراهن.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأن المال إنما هو للمرتهن، ألا ترى أنه قبل الوطء لا يجب عليه شيء من ذلك.

والقياس: هو أنه إذن مجرد من ملك فلا يوجب البدل، أصله إذا أذن له في قطع يدها أو رجلها، فإنه لا يجب عليه لأجل ذلك شيء، فكذلك في

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/٢١٥، ٢١٦، التفريع: ٢/٢٦١، الكافي: ٤١٥.

(٢) انظر: الأم: ٤/٢٩٩، الحاوي الكبير: ٦/٤٨ وما بعدها.

(٣) انظر: المبسوط: ٢١/١٦٢.

(٤) تقدم تخريجه.

مسألتنا مثله.

وقياس آخر: وهو أنه معنى لو لم يوجد الإذن فيه، لوجب البدل، فإذا وجد فيه الإذن لم يوجب البدل أصله إذا أذن في قطع عضو من أعضائها.

ولأنه وطئ مجرد صدر عن إذن المالك له فلا يوجب المهر، أصله الحرة إذا أذنت لرجل أن يزني بها.

ولا يلزم عليه المفوضة، لأنا قلنا وطئ مجرد، وذلك الوطء استند إلى عقد فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج بأن قال:** الوطء ملك الغير لا يخلو من غرامة إن وجد، الدليل عليه إذا وطئ جارية له فيها نصيب، فإنه لما لم يجب عليه الحد وجب عليه المهر فكذلك في مسألتنا.

❊ **والجواب:** هو أنه لا يلزمه المهر فيما ذكروه، وعلى أنه يلزم عليه ما قاله أبو حنيفة في البائع إذا وطئ الجارية المستبرأة، فإنه لا يجب عليه الحد ولا يجب عليه المهر، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

❊ مسألة:

وأما إن حملت الجارية المرهونة التي أذن الراهن للمرتهن في وطئها، فالولد عندنا ينعقد حرا[1].

وبه قال الشافعي: رحمه الله[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد مملوكا[3].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٥٨، الكافي: ٤١٥.

(٢) انظر: الأم: ٤/٢٩٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٥٦.

ودليلنا: هو أنه وطء تصير به الأمة أم ولد، فوجب أن ينعقد الولد حرا، أصله إذا وطئ جارية مشتركة. ولأنه بهذا الوطء يعتقد الإباحة وأنه في ملكه فانعقد الولد حرا. أصله ما ذكرناه من الجارية المشتركة.

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه واطئ جارية الغير فانعقد الولد مملوكا. أصله إذا تزوج بجارية الغير.

❊ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك أن ما هنالك شبهة، وليس كذلك في مسألتنا لأن ههنا شبهة، لأنه اعتقد إباحة | [١٣٧أ] ذلك، ودخل على أن ولده يكون حرا فافترقا لأجل ذلك.

ولأن المعنى في ذلك أنها لا تكون أم ولد له فلذلك لا ينعقد الولد حرا، وليس كذلك في مسألتنا، لأنها تصير أم ولد فأشبه ما ذكرناه إذا وطئ جارية له فيها شركة، والله أعلم.

❊ مسألة:

ولا يجوز أخذ الرهن على مال الكتابة[١].

وبه قال الشافعي[٢].

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك[٣].

ودليلنا: هو أن مال الكتابة مال غير لازم ولا ثابت، فلا يجوز أخذ الرهن عليه، أصله ما يثبت له من الديون، أو لأنه وثيقة (يستوفي الحق منها)[٤] فلم يجز

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٥.

(٢) انظر: الحاوي الكبير: ٦/٦

(٣) انظر: المبسوط: ٢١/١٣٤

(٤) بياض في ط.

أخذ الرهن فيها أصله (إذا ضمن عنه الحر)[1].

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه دين فجاز أخذ الرهن عليه أصله سائر الديون.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في تلك الديون أنها ثابتة ولازمة فلذلك جاز أخذ الرهن عليها وليس كذلك في مسألتنا لأنه غير لازم، ولأن تلك الديون يضمنها وليس كذلك في مسألتنا والله أعلم.

❊ مسألة:

عندنا إذا شرط في عقد الرهن خلاف موجبه لم ينفعه ذلك وصح العقد، مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع الرهن إلا متى شاء وبالثمن الذي يختاره ويريده، فإن جميع ذلك لا يلزم، والعقد لازم، ولا يلزم شيء من هذه الشروط[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

وقال الشافعي: العقد باطل بهذه الشروط[4].

فدليلنا هو: أنه شرط شرطا ينافي مقتضى العقد فوجب أن لا يثبت، ويصح العقد. أصله إذا أودع عند إنسان وديعة وقال له أنت ضامن لها، فإن هذا الشرط لا يلزم، وكذلك إذا شرط في عقد القراض أنه ضامن للمال فإنه لا يلزم فكذلك في مسألتنا.

ولأن ما يلزم بالعقد ويكون هو الأصل في قبضه، فإذا شرط فيه انتفاؤه وجب أن لا يصح الشرط. أصله إذا شرط في النكاح أنه لا يطأ وفي البيع أن لا

---

(١) بياض في ط.
(٢) انظر: المدونة: ٤/١٥١، ١٥٢، النوادر: ١٠/١٧٩، التفريع: ٢/٢٥٨.
(٣) انظر: المبسوط: ٢١/٦٦، بدائع الصنائع: ٦/١٤٦.
(٤) انظر: الأم: ٤/٣٢٣، الحاوي الكبير: ٦/٢٤٩.

يتصرف فيه بالبيع ، فإنه لا يلتفت إلى هذه الشروط ، والعقد صحيح فكذلك في مسألتنا.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه عقد تبطله الجهالة فأبطله الشرط الفاسد أصله البيع.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالنكاح فإن الجهالة بالمرأة تبطله ، وإن شرط أن لا يطأ المنكوحة لا يبطل ذلك العقد فكذلك في مسألتنا. | [١٣٧ ب] والبيع حجة عليكم ، لأنه لو باعه شيئا على أن لا يتصرف فيه فإن العقد يلزم ، ولا يلتفت إلى شرطه الذي شرط فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه شرط فاسد قارن الرهن فأبطله. أصله إذا قال له عليَّ أن لا أسلمه إليك.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالنكاح والبيع إذا شرط في النكاح أن لا يطأ وفي البيع أن لا يتصرف ، ـ فإن العقد يلزم ولا يلتفت إلى شرط ذلك ، وأما إذا انعقد عقد الرهن بالقول بينهما وقال بعد ذلك لا نسلم ، فإنا نجبره على أن يسلم ذلك. وأما إن كان ذلك القول منه في حال الإيجاب فإنه ما حصل هنالك عقد ، (فلا يقال أنه أبطل العقد ، لأن ما)[١] هناك عقد فيبطله فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه محبوس لاستيفاء منفعة فأبطله الشرط الفاسد أصله الإجارة.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالنكاح وبالقراض ، ولا نسلم في عقد الإجارة ، لأنه لو قال أعرتك على أن لا أسلم إليك العبد المستأجر أو الدار المستأجرة ، فإنه يجبر على ذلك ، لأن هذه الشروط كلها تنافي العقد فوجودها

---

(١) ساقط من ط.

وعدمها سواء، لأنها لغو من القول، والعقود يجب أن تحمل على الصحة فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

«ونهى رسول الله ﷺ عن غلق الرهن»[1].

وصفة ذلك: أن يرهن منه رهنا على أنه إن جاءه حقه عند أجله، وإلا فالرهن بما فيه ومتى شرط ذلك لم يصح ذلك، والرهن على ملك راهنه[2].

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن غلق الرهن»[3]، وقال: «لا يغلق الرهن الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

ولأن ذلك بيع غرر وجهالة، لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة، **وعقود المعاوضات لا تقف على الصفات**، كما لو قال له: إذا قدم زيد بعتك هذه السلعة، فإن ذلك لا يجوز فكذلك في مسألتنا.

فَصْلٌ

وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن لم يجز ذلك، وإنما قلنا ذلك، لأن فيه إبطال حق المرتهن، |[١٣٨أ] وأما إن باعه بإذنه، فإن ذلك جائز، ولا يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن أنه ما أذن له في (بيعه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٦٩، المدونة: ٤/المنتقى: ٧/٢٤١، المسالك: ٦/٣١٤.

(٣) هو ما ورد في الموطأ، مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن»، أخرجه في الموطأ، ما لا يجوز من غلق الرهن، ر: ٢١٣٢، ٢/٢٦٩.

فيتعجل حقه)[(١)][(٢)].

مسألة:

عندنا أنه إذا اشترط المشتري للبائع رهنا أو ضمينا ولم يعين له الرهن ولا الضمين، فالبيع صحيح، وعلى المبتاع أن يدفع رهنا برهن مثله على مبلغ ذلك الدين، وكذلك يلزمه أن يأتي الضمين معه[(٣)].

وقال أبو حنيفة والشافعي: البيع باطل، والرهن باطل[(٤)].

وقال المزني: الرهن فاسد للجهل به والبيع جائز لعلمهما به، وللبائع الخيار: فإن شاء أتم البيع بلا رهن وإن شاء فسخ بطلان الوثيقة[(٥)].

ودليلنا قوله عليه السلام: «ولكل شرطه»[(٦)].

والقياس: هو أن الرهن وثيقة بالحق فجاز مع الجهالة به. أصله الشهادة، لأنه لو قال بعني هذا الثوب بكذا وكذا، وأشهد لك على نفسي، لصح ذلك البيع، ويلزمه أن يشهد له على نفسه وإن لم يعين الشهود في نفس العقد، كذلك إذا قال له علي أن أرهنك أو أن أضمنك إنسانا وجب أن يجوز ذلك.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه رهن مجهول فوجب أن لا يصح. أصله إذا قال له علي أن أرهنك ما في كمي.

---

(١) في ط: «ما أذن له في ذلك إلا ليتعجل حقه».

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٣٣، النوادر: ١٠/٢٠٩، التفريع: ٢/٢٦٥، الكافي: ٤١٤.

(٣) انظر: المدونة: ٤/١٣٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٥/١٧١ ـ الأم: ٤/٣٢٣، الحاوي الكبير: ٦/٢٤٨.

(٥) انظر: مختصر المزني: ١٠٠.

(٦) تقدم تخريجه.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن يكون مجهولا ، ولا يمنع ذلك من صحة العقد ثم يشهد له بعد ذلك من تصح شهادته عليه.

والثاني: هو أنا لا نسلم الأصل ؛ لأن عندنا هو جائز ، ويلزمه أن يرهن عنده ما يجوز أن يرهن على مثل ذلك الحق فيما جرت به العادة.

❊ **قالوا**: ولأن العادة تختلف في الرهن ؛ فمن الناس من يرهن بمقدار الحق ، ومنهم من يرهن فوقه ومنهم من يرهن دون الحق ، وهذا يمنع من الرهن المجهول.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا عادة في الناس ، كما أن من الناس من يزوج على أكثر من مهر المثل ، ومنهم من يتزوج بأقل ، فإذا تزوج مطلقا جاز ذلك ورجع إلى مهر المثل ، فكذلك في مسألتنا ، إذا قال بعني على أن أرهنك رهنا ، يجب أن يصح ، ويرجع في ذلك إلى ما يكون رهنا على ذلك القدر ، والله أعلم بذلك.

❖ مسألة:

عندنا إذا قال الراهن للمرتهن بع الرهن عند محل الحق وخذ مالك عندي من ثمنه ، فإن ذلك جائز[١].

وبه قال أبو حنيفة[٢].

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك[٣].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ «أمر |[١٣٨ب] على الجيش الذي وجهه

---

(١) انظر: المدونة: ١٣٨/٤ ، النوادر: ١٠ ، ١٩٦ ، التفريع: ٢٦٥/٢ ، الكافي: ٤١٦.

(٢) انظر: المبسوط: ٨٤/٢١ ، بدائع الصنائع: ١٤٩/٦.

(٣) انظر: الأم: ٢٩٣ ، مختصر المزني: ٩٤ ، ٩٥.

إلى الشام زيد بن حارثة وقال له: إن قتل زيد فالأمير جعفر بن أبي طالب من بعده، وإن قتل جعفر فالأمير من بعده عبد الله بن رواحة»[١]، وهذا توكيل في التصرف والإمارة، وهذا المعنى موجود في الوكالة، والوكالة أضعف من الإمارة، فإذا جاز ذلك في الإمارة (ففي الوكالة أجود)[٢].

والقياس: هو أنه باعه بتوكيل مالكه فكان ذلك جائزا. أصله سائر الوكالات، أو لأن كل عين جاز بيعها بمحضر منه جاز بيعها بغير محضره إذا أذن في ذلك، أصله غير العين المرهونة، أو لأن ما جاز للعدل بيعه جاز للمرتهن بيعه إذا أذن له فيه أصله غير الغير مرهون.

❊ **قالوا**: المعنى في جميع ما ذكرتموه أنه ما اجتمع فيه (عوضان)[٣] مختلفان فلذلك جاز البيع وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قد اجتمع ههنا عوضان مختلفان، لأن الراهن يريد التوقيف في البيع حتى يتنامى الثمن والمرتهن يريد تعجيل حقه فيبيع في الحال بما تيسر.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنه لا يبيع إلا بعد حلول الأجل ولا يبيع إلا بثمن مثله، فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج بأن قال**: لأن عقد يختلف فيه غرض العاقدين، فوجب أن لا يصح إذا قال له وكلتك في بيع هذه السلعة فابتاعها لنفسه، فإن ذلك لا يصح، فكذلك في مسألتنا وجب أن لا يصح.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما اختلف الغرضان بل الغرض

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة مؤتة من أرض الشام، ر: ٤٢٦١، ١٤٦/٣.

(٢) في ط: «ففي الوكالة أولى أن يجوز».

(٣) في ط: «غرضان».

واحد، وهو تحصيل الثمن وأخذ المرتهن حقه وهذا قد وجد. وأما الأصل فغير مسلم، لأن عندنا يجوز أن يشتري السلعة التي وكل في بيعها إذا ابتاعها بثمن مثل ذلك السلعة، لأن الغرض تحصيل الثمن واستيفاؤه لا أعيان المشترين، فلم يصح ما قالوه.

❊ **وربما قالوا:** وكالة يختلف فيها الغرضان فلم يصح أصله ما ذكروه.

⚜ **والجواب عنه** ما تقدم فأغنى عن الإعادة.

❊ **قالوا:** ولأن غرض الراهن ألا يبيع إلا بثمن كامل واف، وغرض المرتهن أن يبيع ويستعجل الحق الذي له ويرخص، فوجب أن يكون ذلك غير جائز.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يبيع إلا بثمن مثله وعند حلول أجله، فلا يحصل هذا المعنى الذي ذكروه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

|[١٣٩أ]

وإذا ثبت جواز ذلك؛ فإنه يكره ذلك عند مالك رحمه الله، (فيما له خطر وبال، وقال أشهب: يجوز ذلك في الكل، وإنما كره ذلك مالك رحمه الله)[١] لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما لدعوى الرهن المحاباة بترك الاستقصاء في الثمن على المرتهن، فلذلك كرهه[٢].

مسألة:

عندنا إذا جعل الراهن والمرتهن الرهن على يدي عدل رضيا به، وقال

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ١٣٨/٤.

الراهن للعدل: بع الرهن عند محل الأجل، فجاء وباعه العدل فتلف الثمن قبل قبض المرتهن فهو من المرتهن[1].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، إلا أنه قال: إن تلف الرهن في يد العدل كان من المرتهن أيضا[2] وعندنا يكون من الراهن ذلك.

وقال الشافعي رحمه الله: تلف جميع ذلك من الراهن[3].

ودليلنا: هو أن العدل أمين المرتهن والمرتهن أمين الراهن في حفظ الرهن، لأنه لم يرض بتسليم ذلك إلى المرتهن، وأمين المرتهن في التوثق حتى يبيع فيصل إليه حقه، لأن المرتهن ما رضي بذمة الراهن مجردة، وإن كان كذلك فما دام الرهن باقيا فتلفه من الراهن، لأن الحق لم يحل، وإذا بيع بعد استحقاق المرتهن للحق فقد وجب له الاستيفاء، وهذا موضع أمانة العدل للمرتهن، فيقول (لأنه مال)[4] تلف تحت يد العدل للمرتهن فكان فيه أصله إذا قبضه له وأودعه عنده، فإن تلف ذلك منه فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **واحتج بأن قال:** العدل وكيل الراهن ويده كيده وهو وكيل للمرتهن في الحفظ، وإذا كان كذلك وجب أن يكون التلف من يده كالتلف من يد المرتهن.

❊ **والجواب:** هو أنه وكيل للراهن في حفظ الرهن وبيعه في وقته، وهو وكيل للمرتهن في قبض الحق، والبيع يقع للمرتهن حتى يستوفي حقه، فإذا بيع الرهن فقد خرج الراهن عما وجب عليه ودخل فيه وحصل ما للمرتهن

(١) انظر: المدونة: ٤/١٣٨، النوادر: ١٠/٢٠٠ وما بعدها.
(٢) انظر: المبسوط: ٢١/٧٧، رد المحتار: ١٠/١١٩.
(٣) انظر: الأم: ٤/٣٥٠، الحاوي الكبير: ٦/١٤٠، روضة الطالبين: ٣/٣٢٩.
(٤) في الأصل: «ما تلف».

بالتلف منه فدل على ما ذكرناه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

ولو اتفقا على كون الرهن على يد عدل، وأراد الراهن أن يعزل العدل عن الرهن وعن بيعه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك: فمنهم من قال لا يجوز له ذلك(١).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى(٢).

وقال القاضي إسماعيل بن إسحاق(٣) من أصحابنا: له ذلك(٤).

وبه قال الشافعي: رحمه الله(٥).

ودليلنا: هو أنه حق من |[١٣٩ب] حقوق الرهن فلا يملكه الراهن، أصله إمساك الراهن وحفظه لا يملك الراهن ذلك، فكذلك عزل من جعل إليه ذلك، لا يملكه ولا ينفرد به إلا بإذن صاحبه.

ولأن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن، وهو تولى بيع الرهن ليصل المرتهن في أخد حقه، وفي فسخ ذلك إبطال هذا المعنى فوجب أن لا يجوز.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٦٥، الكافي: ٤١٦، الذخيرة: ٨/١٢٠.

(٢) انظر: المبسوط: ٢١/٨٠، بدائع الصنائع: ٦/١٤٩، رد المحتار: ١٠/١١٩.

(٣) إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل، أبو إسحاق الأزدي الجهْضَمي، مولى آل جرير بن حزم، أصله من البصرة، وبها نشأ، واستوطن بغداد، القاضي، الفقيه، الحافظ، المقرئ، المفسر. سمع أباه، وأبا الوليد الطيالسي. روى عنه موسى بن هارون الحافظ، وأبو القاسم البغوي. له: كتاب أحكام القرآن، وكتاب المبسوط في الفقه. توفي ببغداد سنة ٢٨٢هـ. الجمهرة: ١/٣٢٤ ـ ٣٢٦، ر: ٢٣٣.

(٤) انظر: التوضيح: ٦/١٤٠، الذخيرة: ٨/١٢٠.

(٥) انظر: مختصر المزني: ٩٤، الحاوي الكبير: ٦/١٨٠، روضة الطالبين: ٣/٣٢٩.

❊ **واحتج بأن قال**: لأنها وكالة تبطل بموت الوكيل، فجاز للموكل فسخه أصله سائر الوكالات.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقلب فنقول، فلا ينفرد بذلك أحد الوكيلين أصله ما ذكرتم، ثم المعنى في ذلك أنه لا يبطل بذلك حق الغير وليس كذلك في مسألتنا، لأن في عزله لذلك إبطال حق المرتهن، والمرتهن ما رضي بذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه أحد المتراهنين فجاز له عزل العدل أصله المرتهن.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يجوز له ذلك إلا برضى الراهن فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

❖ مسألة:

ولو جعلا الرهن على يدي عدلين وجب عليهما حفظ ذلك، ولم يجز لأحدهما أن ينفرد بذلك، فإن كان ذلك مما ينقسم قسم بينهما، وإن كان مما لا ينقسم كانت أيديهما عليه[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز أن ينفرد بذلك أحدهما[3].

ودليلنا: هو أنه تفويض حصل لمستحقين فلا ينفرد به أحدهما أصله البيع.

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/٢٠٠.

(٢) انظر: الأم: ٤/٣٥٠، الحاوي الكبير: ٦/١٥٢.

(٣) انظر: المبسوط: ٢١/٨٠.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنهما بمنزلة الشريكين، والشريكان يجوز أن تكون يد أحدهما ثابتة على المال دون شريكه، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **والجواب:** هو أن الشريكين إنما جاز ذلك في حقهما، لأنهما مالكين للمال وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا مفوض إليهما الحفظ، فهو كما لو وكلهما في بيع ذلك لم يجز أن ينفرد أحدهما بذلك، فكذلك في مسألتنا والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

ومال العبد ليس برهن معه[1].

وإنما قلنا ذلك، لأنه ملك له دون السيد ما لم ينتزعه منه السيد، ورهن العبد ليس بانتزاع لماله بخلاف البيع.

[تم كتاب الرهن][2].

(١) انظر: المدونة: ٤/١٦٢، النوادر: ١٠/١٧٩، الرسالة: ١٣٥، التفريع: ٢/٢٦١، الكافي: ٤١٢.

(٢) كتبت في الأصل.

كتاب العارية

|[١٤٠أ]

والعارية تمليك منافع العين بغير عوض، وهي جائزة ومندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧].

وقوله: ﴿إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ﴾ [النساء: ١١٤].

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «كل معروف صدقة»(١). (وقوله: «العارية مؤداة»)(٢).

وروي «أن رسول الله ﷺ استعار»(٣)، وكذلك الصحابة بعده رضوان الله عليهم(٤).

مسألة:

والعارية عندنا على ضربين:

نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى، مثل الرباع والحيوان، فهذا لا يضمن إلا بالتعدي.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب كل معروف صدقة، ر: ٦٠٢١، ٤/٩٥، ومسلم في الزكاة، باب وصول ثواب الصدقة عن الميت إليه، ر: ١٠٠٤، ص: ٣٨٨.

(٢) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٣) أصله ما ثبت في البخاري قال: حدثنا آدم حدثنا شعبة عن قتادة قال سمعت أنسا يقول: «كان فزع بالمدينة فاستعار النبي ﷺ فرسا من أبي طلحة يقال له المندوب فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء، وإن وجدناه لبحرا». أخرجه في الهبة، باب من استعار من الناس الفرس والدابة وغيرهما، ر: ٢٦٢٧، ٢/٢٤٣

(٤) انظر: المحلى: ٩/٦٨.

والضرب الآخر: يخفى هلاكه ويغاب عليه، مثل الحلي والثياب والسلاح وسائر العروض، فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بقول غيره ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد، كان من المستعير، وفيه روايتان:

أحداهما: أنه لا يضمن ذلك وهو الصحيح. والرواية الأخرى: أنه يضمن وهو قول أشهب بن عبد العزيز[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: هي أمانة على كل وجه ولا يضمن شيئا منها[3].

فالدليل على أنها غير مضمونة في الجملة، ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير ضمان»[4].

(ولأنه حيوان أو عقار قبضه لاستيفاء منفعة، فلم يضمن تلفه كالعبد المستأجر والدار)[5].

فوجه الدليل منه، أنه عليه السلام نفى عن المستعير الضمان عموما، فدل على ما ذكرناه.

❊ **قالوا:** فعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرسل، ونحن لا نقول بالمراسيل.

---

(١) انظر: المدونة: ٤٤٨/٤، النوادر: ٤٥٧/١٠، الرسالة: ١٣٥، التفريع: ٢٧٧/٢، ٢٧٨، المقدمات: ٤٧١/٢.

(٢) انظر: مختصر المزني: ١١٦، الحاوي الكبير: ١١٨/٧، المهذب: ٣٩٧/٣، ٣٩٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ١١٦، المبسوط: ١٣٤/١١، ١٣٥، بدائع الصنائع: ٢١٧/٦.

(٤) أخرجه في المصنف، باب العارية، ر: ١٤٧٨٢، ١٧٨/٨، والدار قطني في العارية، ر: ٢٩٦١، ٤٦٦/٣، وقال الدار قطني: في اسناده ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع، ومثل هذا قاله ابن حزم في المحلى، ١٧٠/٩.

(٥) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

❁ **والجواب**: هو أنا نحن نقول بالمراسيل إذا أرسلها الثقات، كما قلتم بمراسيل سعيد بن المسيب.

❊ **قالوا**: فنحمله على أنه أراد أنه لا ضمان عليه في المنفعة والأجر التي استهلكها بالعارية.

❁ **والجواب**: أن النبي ﷺ نفى عنه الضمان عموما، ولم يخص الأجر ولا المنفعة من الأصل، فوجب أن يحمل على عمومه إلا ما قام الدليل عليه.

وروي عن صفوان بن أبي يعلى بن أمية عن أبيه أنه قال: «عارية مؤداة أم عارية مضمونة، فقال: بل مؤداة»[1]، (وهذا ينفي)[2] الضمان.

والقياس: هو أنها عين حصلت في يده لاستيفاء منفعة فلم تكن مضمونة، أصله العبد والأمة المستأجرة وغير ذلك ||[١٤٠ب] مما يؤاجر، وكذلك الموصى بخدمته، ولا يلزم عليه الرهن، لأنه ما حصل في يده لاستيفاء منفعة، والرهن عندنا أيضا ينقسم قسمين كالعارية.

ولأن كل قبض لا يوجب ضمان الأجر في حال الاستيفاء لا يتعلق به الضمان، أصله قبض الموهوب له الهبة. ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يلزم ضمانه أصله الأجزاء إذا تلفت.

❊ **فإن قالوا**: المعنى في الأجزاء إنما لم يضمنها لأنه مأدون في تلفها،

---

(١) أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، ر: ٣٥٦١، ص ٣٩٥، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب العارية، باب تضمين العارية، ر: ٥٧٤٦، ٣٣١/٥، ٣٣٢، وأحمد في المسند: ١٣/٢٤، والدار قطني في السنن، كتاب العارية، ر: ٢٩٥٣، ٤٥٢/٣، والبيهقي في الكبرى، باب العراية مؤداة، ٨٨/٦، وذكر في نصب الراية تصحيحه عن الحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه. ١١٧/٤.

(٢) في الأصل: «وقد انتفى».

وليس كذلك العين، لأنه ما أذن في تلفها.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، وذلك أنه لما أذن له في الانتفاع مع العلم، فإن الأجزاء تتلف وإن كان لا يعلم ما يتلف من ذلك، دل على أن ذلك قد يضمنه إذنه، لأنه لما أباح له ذلك فقد تضمن الإذن فلم يصح ما قالوه.

واستدلال، وذلك أنها لا تخلو العارية إما أن: تضمن ضمان الغصب أو ضمان المملوكات. ولا يجوز أن تضمن ضمان الغصب، بدليل سقوط الضمان الأجزاء التالفة فيما استعيرت له، والغصب يوجب ضمان جميع ذلك، ولا يجوز أن تكون مضمونة كضمان المملوكات، لأن ضمانها يقع على معاوضة أو جهة معاوضة، وفي العارية لا يوجد واحد من هذين المعنيين، فدل أنها غير مضمونة.

واحتج بما روي عن صفوان بن يعلى بن أمية أن النبي ﷺ «استعار منه أدرعا فقال: أغصبا يا محمد، فقال عليه السلام: بل عارية مضمونة، وفي بعض الأخبار بل مضمونة مؤداة»[1].

❊ **قالوا**: فوجه الدليل منه أن صفوان كان جاهلا بأحكام الشريعة فيما سأل الرسول عليه السلام، وقال أغصبا تأخذها، فقال: «بل عارية مضمونة مؤداة»، أخبر أنه يأخذها عارية (ووصفها بالضمان وجعل ذلك من حكمها.

❊ **والجواب عنه من أوجه**: أحدها أننا قد روينا أنه قال: أعارية)[2] مؤداة أو عارية مضمونة. ففهم صفوان قبل أن يفهم الفرق من العارية المضمونة وبين العارية المؤداة، فأثبت النبي ﷺ أحد الأمرين بقوله مؤداة فانتفى الآخر،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

وصار تقدير الخبر، كان صفوان قال: أغصبا يا محمد، فقال لا بل عارية، فقال صفوان أعارية مضمونة، أي تضمن مع تلفها أو تكون مؤداة مع سلامتها، فقال مؤداة أي ترد مع سلامتها.

والثاني: هو أن النبي ﷺ إنما قصد بقوله «بل مضمونة» أنها مضمونة بالرد، نفيا لما قاله صفوان: «أغصبا يا محمد».

والثالث: هو أن ذلك هو مما يخفى هلاكه فيغاب عليه، |[١٤١أ] فنقول بالخبر في الأدرع وما يغاب عليه، ولا نقول بالخبر الآخر فيما يظهر هلاكه أنه لا يضمن، بقوله عليه السلام: «ليس على المستعير ضمان»[١]، واستعمال الخبرين على فائدتين أولى من استعمال أحدهما واطراح الآخر، فيكون بذلك أسعد.

❊ **قالوا**: وروي أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأنه لا يتناول إلا أداء العين، والقيمة لم يجر لها ذكر، وعلى أنا نقول بموجبه فيما يغاب عليه.

❊ **قالوا**: ولأنه مقبوض لم يخرج عن ملك صاحبه، فوجب أن يكون الضمان مما تعجلت له المنفعة. أصله الإجارة، لأن المؤاجرة تعجل المنفعة بأخذ الأجرة، فكان ضمان الرقبة منه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا حجة لنا لأن المستأجر لما لم يضمن العين المستأجرة، فكذلك المستعير يجب أن لا يضمن، لأن كل واحد منهما قبض العين بإذن المالك لاستيفاء منفعة، فلما لم يضمن المستأجر فكذلك المستجير وجب أن يكون مثله.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: ولأنها عين مضمونة بالرد فكانت مضمونة بالتلف أصله الغصب.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الوديعة، فإنها مضمونة بالرد وغير مضمونة بالتلف.

والثاني: أليس هي مضمونة بالرد وأجزاؤها غير مضمونة، فكذلك عينها يجب أن تكون مثله، والمعنى في الغصب أن الغاصب يضمن الأخرى ويضمن العين وليس كذلك في مسألتنا. ولأن المعنى في الغاصب أنه متعد، فلذلك ضمن وليس كذلك في مسألتنا لأنه أخدها بإذن مالكها.

❊ **قالوا**: ولأنها عين أخذها بالاستحقاق وهو ينفرد بمنفعتها، فإذا لم يسقط حكم (المال)[1] بالقبض وجب أن يكون ضمانها على القابض أصله القرض.

⚜ **والجواب**: هو أن القرض إنما كان مضمونا لأنه أخذه على عوض وهو رد ما رد مثله، ومنفعة العارية عن إذن المالك (بغير عوض فلم يلزم ضمان ذلك كسائر أجزائها. قالوا: ولأن الأجزاء إنما لم يضمنها لأن المالك)[2] أذن فيها وليس كذلك العين لأنه ما أذن له في تلفها.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنه لما أعارها فقد علم أن التلف يتطرق عليها كما يعلم أن الأجزاء تتلف لا محالة فعلمه موجود في كلا الحالتين، وعلى أنه يلزم عليه العين المستأجرة، لأن المؤجر أذن للمستأجر في إتلاف الأجزاء، ولم يأذن له في إتلاف العين المستأجرة، ومع هذا لو أتلف العين المستأجرة من غير تفريط لم يضمن المستأجر ذلك، |[١٤١ب] وإن كان ما وجد الإذن من جهة المؤاجر، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

---

(١) في ط: «الملك».

(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

فَصْلٌ

وأما إذا أقامت بينة بهلاكه ففيه روايتان: أحداهما: أنه لا ضمان عليه. والرواية الأخرى: أنه ضامن[1].

فوجه الرواية أنه لا يلزمه الضمان؛ هو أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له في تلفه، فلم يلزمه ضمان ذلك كالعبد المجذم[2].

ووجه وجوب الضمان عليه، هو أن الأصل أنه مأخوذ على الضمان لا على وجه الأمانة، فلم ينتقل (بقيام البينة)[3] على أصله حسما للباب.

مسألة:

عندنا إذا أعار شيئا إلى مدة (لم يكن له الرجوع)[4] قبل الاستيفاء، وإنما كان كذلك لأن المدة قد صارت حقا للمستعير فلم يكن له الرجوع قبل الاستيفاء، (كما ليس له الرجوع في الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها)[5] وأما إذا أطلق وأعاره شيئا آخر فليس له الرجوع فيها أيضا إلا بعد أن ينتفع بها المستعير انتفاع بمثلها[6].

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: له الرجوع في ذلك[7].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٤٨، النوادر: ١٠/٤٧٧، ٤٥٨، التفريع: ٢/٢٦٨، المقدمات: ٢/٤٧١.
(٢) في المعونة: «كالعبد المحروس»: المعونة: ٢/١٢٠٩.
(٣) سقطت من ط.
(٤) في ط: «لم يكن له أخذه قبلها».
(٥) ما بين قوسين مثبت من ط.
(٦) انظر: المدونة: ٤/٤٤٩ وما بعدها، النودر: ١٠/٤٦٤، البيان والتحصيل: ٩/١٧٥، ١٧٦ ـ التفريع: ٢/٢٦٩، الكافي: ٤٠٨.
(٧) انظر: المبسوط: ١٤١، بدائع الصنائع: ٦/٢١٥، مختصر المزني: ١١٦، الحاوي الكبير: ٧/١٢٧.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد عقدا فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم»(١).

وقال عليه السلام: «كل معروف صدقة»(٢).

وهذا معروف فلا يجوز الرجوع فيه كما لا يجوز الرجوع في الصدقة، ولأن المعير قد ملكه الانتفاع وصارت العين في يده بعقد مباح، فلا يكون له الرجوع فيها بغير اختيار المالك. أصله الإجارة، فكذلك في مسألتنا مثله. ولأنه لو جاز له أخذها قبل الانتفاع بها لكان رجوعا في العارية، وهو قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطال ذلك عليه.

❊ **واحتج بأن قال:** بأنه لم يأذن له في ذلك إلى مدة معلومة فجاز له الرجوع فيها بالحال.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، لأن إطلاق اسم العارية يقتضي الانتفاع، فوجب أن يستحق من ذلك ما ينتفع في العادة بمثل ذلك الشيء، والله أعلم بذلك.

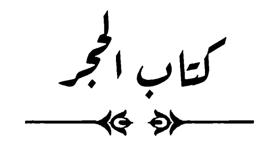


---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

[١٤٢أ]



كتاب الحجر

(فَصْلٌ)(١):

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد(٢).

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، (وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، ولأن الصغير لا يعرف حظ نفسه ولا يحسن التصرف في ماله، فكان كالمجنون، فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه في ماله، فجعل فيه بالصلاح، فإذا بلغ لم يدفع إليه دون أن يختبره، ويعرف سداده من فساده، وإصلاحه لنفسه من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾)(٣)، فعلق انفكاك الحجر عنهم بالبلوغ وإيناس الرشد. ولأن الحجر عليه في الصغر إنما هو لهذا المعنى، فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستصحب واعتبارا ببلوغه مجنونا.

(مسألة:

عندنا إيناس الرشد الذي ينفك معه الحجر هو إصلاح المال وضبطه

(١) سقطت من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ٧٢/٤، النوادر: ٩٧/١٠ التفريع: ٢٥٦/٢، الكافي: ٤٢٣.

(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.

وترك تبذيره)[١] وإنفاقه في وجوهه، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك (الحجر)[٢] عنه، وسواء كان فاسقا في دينه أو عدلا[٣].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[٤].

وقال الشافعي رحمه الله: يحجر عليه إذا كان فاسقا في دينه، ولا يسلم المال إليه ولا ينفك الحجر عنه[٥].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦]، وهذه نكرة في إثبات شائع على طريق البدل. فأي رشد حصل فيهم وجب دفع المال إليهم.

❊ **قالوا:** فالرشد هو ضد الضلالة، وهذا إذا كان فاسقا فهو غير رشيد.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن الله تعالى ما اعتبر الفسق وإنما اعتبر إصلاح المال، وإصلاح المال قد وجد من جهته، والذي يدل على ذلك؛ أن الحجر عليه قبل البلوغ وإيناس الرشد إنما كان لئلا يضيع المال، لأنه لا يعرف مصالح نفسه ومضارها من منافعها، فإذا زال ذلك المعنى وجب دفع ماله إليه، وأما قولهم: إن الرشد ضد الضلالة؛ فإنه (كما قالوا)[٦]، ولكن الحجر على الصبي في ماله لم يكن لأجل الفسق، وإنما كان، لأنه لا يعرف مصالح نفسه لا لأجل ما ذكرتموه، ولأنه لو كان كذلك لوجب أن يحجر على كل فاسق

---

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٢) كلمة «الحجر» سقطت من الأصل.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٧٤، ٧٥ ـ النوادر: ١٠/٩٦، ٩٧، التفريع: ٢/٢٥٦، الكافي: ٤٤٢.

(٤) انظر: المبسوط: ٢٤/١٦٢ وما بعدها.

(٥) انظر: الأم: ٤/٤٥١، الحاوي الكبير: ٦/٣٣٩.

(٦) في ط: «فإنه كما قلتم».

في الدنيا، وهذا ما قاله أحد، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه مصلح لماله، فوجب دفعه إليه أصله، إذا كان دينا صالحا.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك؛ أنه (يؤنس)[1] منه الخير والرشد والصلاح، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يخاف منه مع الفسق التخطي إلى تلف ماله فكان ممنوعا منه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذه علتنا وزيادة فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنه إذا كان عالما بأمور دنياه |[١٤٢ب] مراع لماله، فإن شحه وضبطه يمنعه من أن يخرج ذلك إلا في حقه، ولأنه إذا كان كذا في الفاسق إذا بلغ، فإنكم تخافون منه ذلك، فإن العلة إذن ليست الفسق، وإنما هي إصلاح المال، وهذا موجود، وهذا ضابط مصلح لماله فوجب دفع ذلك إليه.

ولأن الفاسق قد (يضن)[2] بماله ويبالغ في حفظه أكثر من العدل، وهذا معلوم في الطباع ومشاهد في العرف، ولأنه لو كان الحجر عليه واجبا مع الفسق في حال بلوغه لوجب إذا بلغ مصلحا لماله ودينه، ثم دفع إليه ماله ففسق أن يعاد الحجر عليه.

❊ **قالوا**: فقد قال بعض أصحابنا: إنه يعاد الحجر عليه، ومنهم من قال لا يعاد ذلك عليه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا خطأ من القول، لأن النبي ﷺ قد أقام الحد على جماعة، وما نقل أنه حجر عليهم، وكذلك الخلفاء الراشدون من بعده قد

---

(١) في ط: «يؤمن».

(٢) في ط: «يشح».

جلدوا وقطعوا، وما نقل عن أحد منهم أنه حجر لأجل الفسق، (فلم يصح ما قالوه)[1].

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه بالغ فاسق فلا يدفع إليه ماله أصله إذا بلغ مبذرا لماله.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا تأثير لقولكم بالغ فاسق، لأنه لو بلغ عدلا وفسق كان أيضا بهذه المثابة.

❊ **قالوا:** فغير ممتنع أن يكون الحكم ثبت في الأصل لعلتين، كالإحرام يمنع من جواز الوطء، فلو ارتفع وخلفته علة أخرى منع أيضا ذلك من الوطء، مثل أن يخلفه الصوم والحيض.

⚜ **والجواب:** هو أنه كان يجب على قدر هذا الكلام، أن يكون كلما أنس منه الرشد دفع إليه المال، وكلما فسق جدد الحجر عليه، لأن العلة قد خلفتها علة أخرى، فلما منعتم من ذلك، دل على أنه إنما جوز ذلك عليه السلام لإصلاح ماله لا غير، والإصلاح موجود، فلا يوجب الحجر عليه.

والثاني: هو أن تلك العلل ثبتت من طريق الشرع.

❊ **قالوا:** ولأن كل معنى أثر في دفع المال الغير إليه، أثر في دفع المال إليه أصله الجنون.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يجوز دفع مال الغير إليه، لأنه يكون وليا في ذلك، والمعنى في المجنون أنه غير مكلف فلا يصح التصرف منه، فلذلك لم يدفع إليه المال، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه عاقل مكلف |[١٤٣أ]

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.

مصلح لماله غير مبذر، فوجب دفع ماله إليه (أصله ما ذكرتم)[1]، والله أعلم.

مسألة:

عندنا يبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الرجل من السن خمسا وعشرين سنة، فإنه لا يحجر في ماله[3].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وهذا غير رشيد فوجب الحجر عليه.

وروي عن عائشة رضي الله عنها «أنها كانت تتصدق كثيرا وتعتق، فقال عبد الله بن الزبير: لتنتهين أو ليحجرن عليها، فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت: والله لا كلمته أبدا»[4].

فإن قالوا: فقد خالفته.

والجواب: هو وإن كان خالفته في ذلك، إلا أنه قد قال ذلك.

والثاني: هو أن عائشة رضي الله عنها كانت تخرج المال في وجوه البر، وكلامنا هو فيمن يخرجه في غير ذلك.

ولأن ذلك مروي عن السلف، فروي عن عثمان رضي الله عنه «جواز الحجر

---

(١) في ط: «أصله ما ذكرناه».

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٥، التفريع: ٢/٢٥٦، الكافي: ٤٢٣، ٤٢٤.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٧، المبسوط: ٢٤/١٥٩، ١٦١.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب الهجرة وقول رسول الله ﷺ: لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث، ر: ٦٠٧٣، ٤/١٠٥.

على الكبير»[1].

وروي مثل ذلك «عن عائشة والزبير بن العوام رضوان الله عليه»[2]، (ولأنه إجماع الصحابة)[3].

وروي عن عبد الله بن جعفر «أنه اشترى أرضا سبخة بمال عظيم، غبن فيها، فقال له علي رضي الله عنه: قم لأحجر عليك، فشكى عبد الله بن جعفر ذلك إلى الزبير، فقال له الزبير: أنا شريكك فيها، فحمله علي إلى عثمان رضي الله عنهم، فقال علي لعثمان: أحجر على عبد الله، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير»[4].

فوجه الدليل منه: هو أنه استحق الحجر عليه، لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله.

والقياس: هو أنه مبذر لماله فوجب الحجر عليه، أصله ما دون الخمس والعشرين سنة. ولأن كل من في (منعه من)[5] ماله صلاح له، وفي تركه معه إتلافه، (وإضاعته وخوف الفقر عليه)[6]، فكان الحجر عليه مستحقا أصله الصغر، ولأن الحجر عليه قبل الخمس والعشرين سنة، إنما كان ذلك لأجل إضاعة المال وعدم ضبطه وإنفاقه فيما لا يجوز إنفاقه فيه، وإذا كان ذلك المعنى وجد ابتداء الحجر عليه.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على البالغين بالسفه، ٦١/٦.
(٢) ذكر هذا البيهقي في سننه الكبرى، ٦٢/٦.
(٣) ما بين قوسين ساقط من الأصل.
(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على البالغين بالسفه، ٦١/٦.
(٥) في ط: «منفعة ماله».
(٦) ما بين قوسين سقط من الأصل.

ولأن كل معنى منع من دفع المال إليه فما دون الخمس والعشرين سنة منع من دفعه إليه (فما فوقها)[1] أصله الجنون.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وهذا قد بلغ الأشد، فوجب دفع ماله إليه.

❁ **والجواب**: هو |[١٤٣ب] أنه تعالى لم يبين الأشد ما هو، فيجب اعتبار ما ذكرناه.

والثاني: هو أنه قد روي عن ابن عباس أنه قال: «الأشد ثمانية عشر سنة»[2].

❊ **قالوا**: ولأنه مكلف يقبل إقراره على نفسه، فلم يجب الحجر عليه أصله إذا بذر ماله في طاعة الله تعالى.

❁ **والجواب**: هو أنه لا يقال لمن أنفق ماله في طاعة الله أنه مبذر، وإنما التبذير أن يضع الشيء في غير موضعه. والثاني هو أنه يلزم عليه من له أقل من خمس وعشرين سنة.

❊ **قالوا**: ولأن الحجر عليه إنما كان لمصلحة ماله، ومن بلغ خمسا وعشرين سنة فقد صار جدا فلا يجوز الحجر عليه.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بالمجنون، فإن هذا المعنى موجود فيه ولا يدفع المال إليه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها

---

(١) ما بين قوسين سقطت من ط.

(٢) انظر: جامع البيان: ٢٢/١٦، معاني القرآن الكريم: أبوجعفر النحاس: ١٦٢/٥، النكت والعيون المسمى تفسير الماوردي: ٢٤٠/٤، الجامع لأحكام القرآن: ١٩٦/١٩.

وتكون مصلحة لمالها[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: إذا بلغت انفك الحجر عنها إذا وجد الرشد منها، ولا يعتبر في ذلك تزويجها[2].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وحقيقة بلوغ النكاح هو أن تتزوج حتى تحصل منكوحة ثم يؤنس رشدها بذلك.

والقياس: هو أنها بالبلوغ لم تختبر الرجال ولا تعرف المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن، فكان الحجر عليها مستصحبا، أصله إذا بلغت مبذرة.

ولأن البيع في المعاش والمعاملات إنما هو للرجال، وأما النساء فلا يعرفن ذلك إلا بعد مخالطة الرجال واختبارهم، وهذه ما خالطت الرجل ولا عرفت مضارها من منافعها، فكان الحجر مستداما عليها حتى يدخل بها الزوج، فدل على ما قلناه.

واحتج بأن قال: لأنها بالغة رشيدة، فوجب تسليم مالها إليها، أصله إذا تزوجت ودخل بها زوجها.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنها رشيدة؛ لأن لمجرد بلوغها لا تكون بذلك رشيدة، لأنها غير عالمة بذلك، وأنها تعلم ذلك بعد أن تتزوج ويدخل بها الزوج، فحينئذ تعلم مضارها من منافعها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/١٠٣، النوادر: ١١، ٩٣، ٩٤ ـ التفريع: ٢/٢٥٦ ـ الكافي: ٤٢٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٧ ـ الأم: ٤٥٩، ٤٦٠، الحاوي الكبير: ٦/٣٥٢، ٣٥٣.

والمعنى فيها إذا تزوجت ؛ إنما جاز دفع مالها إليها لأنها قد اختبرت الرجال وعرفت ما يضرها وينفعها وليس كذلك في مسألتنا ، |[١٤٤أ] لأنها قبل ذلك غير عالمة بإصلاح المال ولا وجوه ضبطه ، فكانت ممنوعة لأجل ذلك .

❊ **قالوا**: ولأنه شخص بالغ رشيد فوجب دفع ماله إليه أصله الغلام .

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ؛ لأن الرشد لا يحصل إلا بالاختبار ، ولا يوجد ذلك إلا بعد دخول الزوج بها ، لأن بذلك يقع الاختبار ، والمعنى في الغلام أنه يعرف وجوه التقلب بالبيع والشراء وجميع التصرفات ، وليس كذلك (هذه)[١] الجارية العذراء ، لأنها ما مارست الرجال ولا اختبرت ، لأنها ممن لا تعرف التصرف لأنهن مقصورات عن الخروج بالاحتياط بالرجال فلم يصح ما قالوه .

ولأنه إذا أجاز دفع مالها إليها بعد أن تتزوج ، فالأولى أن يدفع إليها ذلك قبل أن تتزوج ، وذلك أنها قبل أن تتزوج تحتاج إلى شراء الجهاز والقماش ، فهي تحتاط في هذه الحالة أكثر مما تحتاط بعد الدخول بها ، لأن بدخول الزوج قد زال هذا المعنى .

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنها وإن كانت تحتاط إلا أنها لا تدري ما تشتري ولا تبيع ، لأنها غير عارفة بذلك ، بل تحتاج مع ذلك إلى علم بالتصرف ، ولأن شحها بعد دخول الزوج بها أشد ، وذلك أنها تخاف من مجيء الأولاد ، وأن يطلقها هذا الزوج بعد الدخول بها ، فتحتاج من التجمل للزوج الثاني أكثر من الأول ، لأنها تحصل هنا غير مرغوب فيها كرغبة الأبكار ، فلم يصح ما قالوه .

---

(١) في الأصل: «وليس كذلك في مسألتنا الجارية» .

فَصْلٌ

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في المعنسة التي لها أربعون سنة، أو خمسون سنة، فروى عنه أنه قال: لا يدفع إليها مالها.

وروي عنه أنه قال: إن كانت تعامل الناس دفع إليها مالها، وإن كانت لم تعاملهم لم يدفع إليها شيء من ذلك[1].

والوجه في الدفع: هو أن من بلغ هذا السن وعامل الناس فقد اختبر الأمور وجرب وعرف وجوه الاحتياط، فوجب دفع مالها إليها كالغلام.

ووجه المنع: هو أنها غير عالمة بذلك، فلا يدفع إليها مالها، لأنها لا تعرف مصالحها من مضارها والله أعلم بذلك.

|[١٤٤ب] **مسألة:**

عندنا أن الصبي إذا بلغ مبذرا لماله، فالحجر ثابت عليه ويمنع من التصرف[2].

وقال أبو حنيفة: يمنع من المال، إلا أن تصرفه بالبيع والإقرار يصح[3].

ودليلنا: هو أن من منع من دفع المال إليه لأجل السفه، وجب أن يمنع من التصرف أصله المجنون.

ولأنه إنما منعناه من دفع المال لأجل أن يضيع، وهذا المعنى موجود في مسألتنا فلا يصح منه التصرف.

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/٩٥، العتبية مع البيان: ١٠/٩٥ و٤٨٢، ٤٨٣ ـ المقدمات: ٢/٣٥٥، عقد الجواهر: ٢/٦٢٦.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٤ ـ النوادر: ١٠/٩٧، التفريع: ٢/٢٥٦ ـ المقدمات: ٢/٣٤٩.

(٣) انظر: المبسوط: ٢٤/١٦٢/١٦٣، بدائع الصنائع: ٧/١٧٠.

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه عاقل بالغ فلم يمنع من التصرف، أصله غير السفيه.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان بالغا عاقلا إلا أنه مبذرا لماله.

والثاني: هو أن المعنى في ذلك إلا أنه لا يدفع من دفع ماله إليه، فلا يمنع من التصرف، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما منع من دفع ماله إليه، كان أحق وأولى أن يمنع من التصرف.

❊ **قالوا**: ولأنه يصح منه الإقرار بالجناية والقتل فصح منه التصرف أصله غير المبذر.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالعبد، والمعنى في الأصل ما قدمناه.

❊ **قالوا**: ولأنه يصح طلاقه وخلعه فصح بيعه وتصرفه، أصله ما ذكرناه.

⚜ **والجواب**: هو أن الطلاق لا تبذير فيه للمال فلذلك صح منه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا تبذير، فوجب أن يمنع منه والله أعلم.

❊ مسألة:

عندنا حد البلوغ في الذكور: الاحتلام أو الإنبات، أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة[1]، ولم يحد مالك رحمه الله فيه حدا.

وقال أصحابنا: مثل سبع عشرة سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذه الأوصاف هي علاماته في النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل[2].

---

(١) هذه عبارة ابن القصار رحمه الله في عيون الأدلة، انظر: عيون الأدلة: ٢٨/ل١أ، ولكن زاد القاضي عبد الوهاب هنا عليه بأن الإمام مالكا لم يحد فيه حدا، وهو الذي لم يذكره ابن القصار في كتابه.

(٢) انظر: النوادر: ٢٦٩/١، ٢٨/٢، الكافي: ١١٨ ـ المقدمات: ٣٤٥/٢.

وقال الشافعي: حد البلوغ خمس عشرة سنة في الغلام والجارية[1]، وروي ذلك عن ابن وهب، (أعني خمس عشرة سنة في الغلام والجارية)[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الإنبات ليس بدليل على البلوغ، وقال في الجارية سبع عشرة سنة، وفي الغلام ثماني عشرة سنة، وقد قيل عنه: تسع عشرة سنة[3].

فأما الدليل على الخمس عشر سنة لا يكون حدا للبلوغ، فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]، وهذا (ما)[4] بلغ الحلم.

والثاني: هو أن الحكم إذا علق بشرط دل أن ما عداه بخلافه، وقد علق الحكم |[١٤٥أ] ههنا شرط البلوغ، والبلوغ ما وجد.

❊ **قالوا:** فهذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به.

⚜ **والجواب:** هو أن دليل الخطاب أصل من أصولنا فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن الدليل منه إنما هو من حيث الشرط وتعلق الحكم به، وما وجد الحكم المعلق به.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

قال ابن عباس: «أشده ثماني عشرة سنة»[5]، فكان الرجوع فيه إلى ما قاله ابن عباس، لأنه ترجمان القرآن، والنبي ﷺ قال: «اللهم علمه التأويل»[6]

---

(١) انظر: الأم: ٤/٤٥١، مختصر المزني: ١٠٥، الحاوي الكبير: ٦/٣٤٣، ٣٤٤.

(٢) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٣) انظر: المبسوط: ٢٤/١٦٢، بدائع الصنائع: ٧/١٧١، ١٧٢.

(٤) في الأصل: «وهذا قد بلغ الحلم».

(٥) تقدم ذكره.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب وضع الماء عند الخلاء، ر: ١٤٣، ١/٦٨،=

ودعا له بذلك، فكان الرجوع إليه أولى.

والقياس: هو أن الخمس عشرة سنة مدة لم يوجد فيها الاحتلام ولا الإنبات ولا الإجماع على وجود التكليف عليه فلا يحكم ببلوغه فيها، أصله الأربع عشرة سنة، ولأن المقادير التي يتعلق بها الصيام والصلاة لا تثبت إلا على توقيف أو اتفاق، كمدة الإقامة وغير ذلك، وفي مسألتنا لا توقيف ولا اتفاق فلا يثبت بذلك حكم البلوغ. وقد قيل لأنها سنة لا يجب عليه فيها إلا صحبة فلا يحكم فيها بإسلامه. أصله ما دون (الخمسة والعشرين)[1] سنة وليس بجيد، والأجود من هذا ما ذكرناه، وهو أولى من القياس.

❊ **واحتج** بما روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال «إذا بلغ الغلام خمسة عشر سنة كتب له وعليه وأحد منه الحدود»[2].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا أصل له ولا يعرف بوجه ولا سبب ولا يحل ذكره.

❊ **قالوا**: بلى قد عرف راويه، وهو أبو الحسين الجبائي.

⚜ **والجواب**: هو أنه الآن زادت الجهالة به لأن هذا الرجل غير معروف

= من غير زيادة «وعلمه التأويل»، وبلفظ «اللهم فقه في الدين وعلمه التأويل»: أخرجه أحمد في المسند، ر: ٢٨ وابن حبان في صحيحه، كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة، ر: ٧٠٥٥، ١٥/٥٣١.

(١) في ط: «ما دون الخمسة عشرة سنة».

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد، ٦/٥٧، قال في التلخيص: «حديث أنس إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأقيمت عليه الحدود»، البيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف. وقال الغزالي في الوسيط تبعا للإمام في النهاية: رواه الدارقطني بإسناده، فلعله في الأفراد أو غيرها فإنه ليس في السنن مذكورا. وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا إسناد وقال إنه ضعيف. التلخيص: ٣/٩٣.

ولا مشهور في المحدثين ولا في الفقهاء؛ وما هذا سبيله فلا يحل ذكره فكيف الاستدلال به، ولو صح لكم ما ادعيتموه منه لم يكن فيه حجة، لأنه لو بلغ وأنبت مثل الخمس عشرة سنة كان له وعليه وأقيمت عليه الحدود، فلم يكن فيه حجة؛ ولأن الرجوع إلى ما قاله عبد الله بن عباس ترجمان القرآن، وأن الأشد ثمان عشرة سنة، أولى من هذا الخبر الواهي الذي لا أصل له بوجه ولا سبب.

❊ **قالوا:** وروي أن عبد الله بن عمر قال: «عرضت ||[١٤٥ب] على رسول الله ﷺ عام أحد فردني وكان لي أربع عشرة سنة، وعرضت (سنة الخندق)[١] فأجازني ولي خمس عشرة سنة»[٢].

❊ (**والجواب:** هو أن هذا الخبر روي مختلفا، فروي في بعض الأخبار أنه قال: «عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد ولي ثلاث عشرة سنة فردني، وعرضت عليه بعد ذلك فأجازني ولي أربع عشرة سنة»)[٣]، وروى هذا الحديث أحمد بن حنبل بإسناد صحيح[٤]، ولم يذكر في الخبر ذكر البلوغ الذي يقع به الحكم في الشريعة، والخلاف في هذا وقع، وإنما ذكر الإجازة في القتال، وهذا المعنى إنما يتعلق بالقوة والجلد لا بالسنين.

ولأن الحال كانت حالة قتال عند عرض (بن عمر)[٥]، وإذا كانت الحال

---

(١) في الأصل: «وعرضت عليه بعد ذلك».

(٢) أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة الخندق، ر: ٤٠٩٧، ٣/١١٤، ومسلم في الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ر: ١٨٦٨، ص٧٧٨.

(٣) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٤) قال أحمد رحمه الله: حدثنا يحيى عن عبيد الله أخبرني نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة فلم يجزه ثم عرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة فأجازه». المسند: ٨/٢٨٧.

(٥) سقطت من الأصل.

هي السبب في إجازته ورده علمنا أن الغرض من ذلك إنما كان القوة والجلد، وصار الحكم معلقا بهذا السبب، ومن أصلنا جميعا أن الحكم إذا تعلق بسبب ونقل معه تعلق به، والسبب هو السن، والحكم هو الإجازة في القتال، فكأنه أجازه القتال لهذا السن، ونحن نجيز قتال الصبي إذا بلغ هذا السن ونسهم له في المقاتلة.

والذي يكشف عن صحة هذا المعنى، وأنه إنما كان لأجل القوة والجلد لا لأجل السن؛ ما روي أن سمرة بن جندب قال: «عرضت على رسول الله ﷺ فردني وأجاز أبا رافع، فقلت يا رسول الله: لم تردني وقد أجزت أبا رافع ولو صارعني لصرعته؟ قال: فصارعته فصرعته»[1]، فدل على أن ذلك إنما كان لأجل القوة لا لأجل السن، فلم يصح ما قالوه من هذا الخبر الذي هو معولهم.

❊ **قالوا**: والقياس هو أنه يصح بيعه فصح بلوغه، أصله إذا بلغ ثمان عشرة سنة.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن بيعه يصح، والمعنى فيه إذا بلغ ثماني عشرة سنة أن العادة جارية بذلك، وأنه لا يكاد أن يتعدى هنا ذلك ولا يتراخى بلوغه عن ذلك.

والثاني: هو أنه يحصل بالغا منها من حيث الإجماع، فكان ذلك دلالة صحيحة، وليس كذلك الخمس عشرة سنة.

❊ **قالوا**: ولأنها سنة يحكم فيها ببلوغ الجارية، فحكم فيها ببلوغ الغلام أصله ثماني عشرة سنة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب ما جاء في المصارعة، ١٠/١٨، والحاكم في البيوع، ٢/٦٠، ٦١، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقال في مجمع الزوائد: رواه الطبراني مرسلا ورجاله ثقات. ٥/٥٧٥.

❀ **والجواب**: هو أنا لا نحكم بذلك في الجارية، والحكم عندنا في الجارية والغلام واحد في باب السن، وإنما الجارية تزيد عليه بالحيض والحمل فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

|[١٤٦أ]

فأما الدليل على أن الإنبات بلوغ خلافا لما قاله أبو حنيفة، ما رواه عطية القرظي: أن النبي ﷺ حكم سعد بن معاذ في بني قريظة فقال: «من أنبت جعل في المقاتلة ومن لم ينبت جعل في الذراري»[(١)]، فقال رسول الله ﷺ: «لقد حكمت بحكم الله تعالى من سبعة أرقعة»[(٢)]، وأراد بذلك من تحت سبع سماوات، والسماء تسمى رقيعا، وكذلك تقول العرب «ما تحت الرقيع أرفع منه» أي ما تحت السماء أرفع منه.

❊ **قالوا**: فهذا عطية القرظي مجهول لا يعرف.

❀ **والجواب**: هو أن هذا غلط؛ لأنه صحابي معروف غير مجهول، فروى عنه مجاهد بن جبر[(٣)] وجماعة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: فألفاظ هذا الخبر مختلفة اختلافا متباينا، فقيل فيه «أنبت»،

---

(١) هذا لفظ ابن ماجه في السنن، كتاب الحدود، باب من ى يجب عليه الحد، ر: ٢٥٤١، ٨٤٩/٢، وقال في البدر المنير: صحيح مشهور. البدر المنير: ٦٧٠/٦.

(٢) أخرجه البخاري في المغازي، باب مرجه النبي ﷺ ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم، ر: ٤١٢١، ١١٩/٣. ومسلم في الجهاد والسير، باب جواز قتل من نقض العهد، ر: ١٧٦٨، ص ٧٣٣.

(٣) مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي، شيخ القراء والمفسرين، أخذ عن بن عباس رضي الله عنهما القرآن والتفسير والفقه، وعن أبي هريرة وعائشة، وسعد ابن أبي وقاص، وابن عمر، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء وهم من أقرانه وخلق كثير، مات سنة ثنتين ومائة، وقيل: سنة ثلاث ومائة، رضي الله عنه. التاريخ الكبير: ٤١١/٧؛ سير أعلام النبلاء: ٤٤٩/٤ ـ ٤٥٧.

وقيل فيه «أحضر» ـ وقيل «جرت عليه المواسي» ، وهذا الاختلاف يمنع من التعلق به .

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن الألفاظ إنما اختلفت لاستحاشها ، لأن الخبر غير ثابت فلم يصح ما قالوه .

وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «الجزية على كل من جرت عليه المواسي»[1] .

ولأن ذلك إجماع الصحابة ؛ وذلك أنه روي عن عمر رضي الله عنه «أنه ذكر له غلام شيب في امرأة ، فقال يكشف عن مؤتزره فإن أنبت عاقبته»[2] .

وروي عن عثمان رضي الله عنه «أنه رفع إليه غلام سرق ، فقال يكشف عن مؤتزره فإن أنبت قطعته»[3] ، وهذا كله يدل على ما ذكرناه .

وروي أن عمرو بن العاص لما فتح الإسكندرية عُرض عليه غلام: «فقال لا أسهم لمن يبلغ الحلم ، فقالوا له ، فههنا جماعة من الصحابة نسألهم عن ذلك ، فسألوا عتبة بن عامر وعطية العوقي فقالا: يكشف عن مؤتزره فإن أنبت يسهم له»[4] فدل على أن الإنبات تعلق عليه حكم البلوغ .

والقياس: هو أنه يصح بيعه فجاز أن يحكم ببلوغه أصله إذا احتلم ، ولأنه يصح توكيله فجاز أن يحكم ببلوغه أصله إذا احتلم ، **وهذان القياسان مركبان** ،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الجهاد ، ر: ٣٣٣٠٤ ، ١٢/٢٣٩ ، والبيهقي في الكبرى ، باب من ترفع عنه الجزية ، ٩/١٩٨ ، وقال في البدر المنير: حديث صحيح. ٩/١٨٩ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في الغلام يسرق أو يأتي الحد ، ر: ٢٨٧٣٧ ، ٩/٤٨٥ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في الغلام يسرق أو يأتي الحد ، ر: ٢٨٧٣٥ ، ٩/٤٨٤ .

(٤) لم أجده فيما عندي من مصادر.

لأن عندنا يصح بيعه لأنه مراهق وعنده يصح بيع الصغير وكذلك في التوكيل مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه لا يختلف فيه حكم المسلم والكافر، وليس كذلك في |[١٤٦ب] مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن عندنا يحكم بذلك في المسلم كما يحكم بذلك في الكافر.

وقياس آخر: وهو أن ما يخرج من الآدمي على ضربين: متصل ومنفصل، ثم ثبت وتقرر:

أن المنفصل منه ما يوجب البلوغ، وهو المني ودم الحيض، ومنه ما لا يوجب وهو البول والعرق وغير ذلك، فيجب أن يكون كذلك المتصل ينقسم إلى قسمين:

قسم منه يوجب وقسم منه لا يوجب، وتحريره أنه أحد نوعي ما يخرج من الآدمي، فجاز أن يكون منه ما يوجب البلوغ أصله المنفصل.

واستدلال في المسألة: وذلك أنا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه، وأمكن جحد ذلك، فيؤدي إلى إسقاط الأحكام، فوجب اعتبار معنى زائد على ذلك وليس إلا ما قلناه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يبلغ»[1] ولم يذكر الإنبات.

⚜ **والجواب**: هو أن من أنبت فلا يقال له صبي.

والثاني: هو أنا نستعمل الخبرين فنقول بذلك في الاحتلام، ونقول في

(١) تقدم تخريجه.

الإنبات بما ذكرناه من الأدلة، والجمع بين الدليلين واستعمالهما أولى من استعمال أحدهما واطراح الآخر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه شعر فلا يحكم به البلوغ، أصله شعر الصدر وغيره من الشعور.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا القياس مخالف للسنة فلا نقبله.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون هذا شعر وهذا شعر، وأحدهما يحكم به، والثاني لا يحكم به، كما أن المنفصل أيضا خارج وأحدهما يحكم به بالبلوغ، والآخر لا يحكم به وهو دم الحيض والمني، وإن لم يحكم بالآخر الذي هو الدمع والعرق، فكذلك في مسألتنا يجوز أن يكون مثله في الشعر.

والمعنى في شعر الصدر إنما لم يحكم به أنه يجوز بلوغا، لأنه ليس بمجاوز، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مجاوز لما يحكم به فكان في حكمه.

❊ **قالوا**: ولأن الشعر زيادة نماء في البدن، فلا يحكم به في البلوغ أصله السمين.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن يكون هذا زيادة نماء وفي أحدهما يحكم به والآخر لا يحكم به، كما ذكرنا في المني ودم الحيض، فإنه يوجب البلوغ، وإن كان العرق |[١٤٧أ] والدمع لا يوجب ذلك. ولأنه قياس مخالف للسنة، ولأن السمن لا يجعل دلالة ولا إمارة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن صاحب الشريعة حكم بذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن شعر الوجه أدل على البلوغ من غيره، فلما لم يحكم به، دل على أنه لا يجوز تعليق الحكم عليه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا غلط بين، وذلك أن صاحب الشريعة لم يجعل

شيئا من الوجه وما يخرج منه دليلا على البلوغ، وقد جعل في ذَكَر الرجل وفرج المرأة ما يدل على البلوغ، وهو المني في الرجل والحيض في المرأة والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وأما الدليل على الشافعي حيث فرق بين أولاد المسلمين والمشركين في الإنبات في أحد قوليه، حيث قال: يكون ذلك دليلا على أولاد المشركين (ولا يكون دليلا على)[1] أولاد المسلمين[2]، هو أن ما (كان)[3] بلوغا في أولاد المشركين) كان)[4] بلوغا في أولاد المسلمين، أصله السن والاحتلام، ولأن دلالته على ذلك ليس بمعنى يرجع إلى الدين، وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوفي فيه المسلم والكافر.

واحتج بأن قال: إن المشرك لا تلحقه التهمة في أن يعالج ذلك حيث ينبت، لأن الشرك يتعلق عليه حكم القتل بالإنبات، ولذلك يطالب بالجزية، فلا يتهم في أنه أكسب ذلك لنفسه بإنبات الشعر، فلذلك قلنا إن شعره والإنبات فيه يحكم له فيه بالبلوغ، والمسلم بخلاف ذلك، لأنه يتهم أنه عالج نفسه حتى أنبت فيصل بذلك إلى التصرف في المال وإزالة الحجر عليه، ويحصل من أهل الولايات وجميع خصال المكلفين المتصرفين، فإذا لحقته فيه التهمة لأنه ربما قصد ذلك ووجب أن لا يحكم فيه بالإنبات لأنه متهم.

❁ **والجواب**: هو أنه (لا فرق بينهما)[5]، وذلك أن الكافر إن لم يتهم

---

(١) في ط: «ولا يكون ذلك في أولاد المسلمين».
(٢) انظر: الحاوي الكبير: ٦/٣٤٣.
(٣) في ط: «إنما جاز أن يكون».
(٤) في ط: «جاز أن يكون».
(٥) في ط: «لا فرق بين المسلم والكافر».

لأجل تعلق الجزية والمطالبة بالإسلام والقتل، فإنه متهم أيضا في أن يتصرف في أمواله ويستحق المطالبة بها، وبما يجب له من غيره ويستحق الولايات وغير ذلك مما هو أنفع له من الجزية فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن المسلم إن لحقته التهمة فيما ذكرتموه فإنه لا يتهم أن الأحكام لا تتعلق عليه من وجوب القود والحد والتعزير والمطالبة بحضور الصلاة ||[١٤٧ب] وغير ذلك مما يجب على المسلمين، فما منهم إلا من تلحقه التهمة من وجه ولا تلحقه من وجه، فوجب أن يستويا فيما ذكرناه من مسألتنا والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

والبالغ إذا ابتدئ عليه الحجر لم يحجر عليه إلا (الحاكم)[1][2]، (خلافا لمحمد بن الحسن)[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أمر مختلف فيه يحتاج إلى اجتهاد ونظر في حاله واختبار لأمره، فاحتيج بقطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فَصْلٌ

ولا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم[4].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه لأجله، وسواء في ذلك الصبي والمجنون والبالغ والمفلس.

---

(١) في ط: «إلا بالحكم».

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٥ ـ الكافي: ٤٢٣.

(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٤) انظر: الكافي: ٤٢٣، المقدمات: ٢/٣٤٩.

فَصْل

والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها مع إيناس الرشد على ما بيناه)[1].

فَصْل

وإذا استدان السفيه بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره، وأما إذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم عتق أتبع بذلك، إلا أن يكون فسخه عند سيده[2].

والفرق بينهما: هو أن هذا المحجور عليه لسفه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئا، والعبد حجر عليه لحق سيده، فإذا أعتق سقط حق السيد فأتبع بذلك، فدل على الفرق بينهما[3].

فَصْل

ولوَليِّ المحجور عليه بالسفه أو الصغر أن يأذن له في التجارة في قدر من ماله بعينه، ليختبره وينظر هل تغيرت حاله، وهل قد صار موضعا لتسليم ماله إليه، وما استدان من شيء وجب ذلك في المال الذي بيده، لأن إذن الولي له في التجارة يقتضي تعلق حق من استدان به، لأنه دانيه عليه، ولا يلحق ذلك ذمته لبقاء الحجر عليه، فأما إن زاد الدين على قدر ما في يده، فإنه لا يتبع بذلك لما ذكرناه[4].

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: النوادر: ١٠/٩٢، التفريع: ٢/٢٥٧ ـ المقدمات: ٢/٣٤١، ٣٤٢.

(٣) انظر: الفروق، للقاضي عبد الوهاب: ص، ٨١.

(٤) الذي للإمام مالك ﷺ في المدونة: «في الصبي يؤذن له في التجارة «لا يرى ذلك جائزا، ولا أرى له الإذن في ذلك إذنا»: المدونة: ٤/٧٤.

قال صاحب التنبيهات:: «والذي له في كتاب الوصايا: إذا أذن للصبي أن يتجر جاز ولم يذكر أنه دفع إليه مالا، ولكن أطلق الجواز على فعله فدل أنه خلاف قوله.... وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد والقاضي أبو محمد وغيرهما: أنه يجوز له دفع المال ليتمه ليختبره وللصبي=

فَصْلٌ

ويصدق الوصي فيما يذكره من نفقة اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك، وذلك إذا كان في منزلته وحضانته، فأما إن لم يكن عنده وكان له أم أو حاضنة يدفع إليهما الوصي نفقته، فعليه ههنا أن يقيم البينة لما دفع إليهما لما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف باختلاف حالهم وأموالهم، وإن كان لليتيم مال واسع وقد ألف النعمة والتوسعة والرفاهية وسع عليه على قدر ماله في ذمته وكسوته. وأما إذا كانت أمه فقيرة فالنفقة لها من مال ابنها، ولا نفقة لها إن كانت موسرة، إلا أن تكون هي حضانته. ولأنها تتشاغل به عن أمورها فتستحق عليه أجرة، ولا يوجد من يقوم بحضانته بغير أجرة، فإنها تعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه[1].

فَصْلٌ

ولا بأس بتأديب اليتيم وضربه والرفق به والمعروف إذا احتيج إلى ذلك[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه مصلحة له وتأديبا، وحسن تأديبه، ولأن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الإمام على نفسه يؤدب من رأى الحظ والصلاح في تأديبه.

فَصْلٌ

وأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي نفسه فجائزة إذا عادت بالرفق والتوفير على اليتيم، وأما إن عادت برفق الوصي فلا يجوز[3].

= إذا كان يعقل التجارة وهو ظاهر ما في كتاب ابن حبيب» انظر: التنبيهات: ١٦٨٦/٣.

(١) انظر: المدونة: ٣٣٩/٤، النوادر: ٢٩١/١١، ٣٠٨، التفريع: ٢٥٧/٢.

(٢) انظر: التفريع: ٢٥٨/٢

(٣) انظر: الموطأ: ٣٤١/١، النوادر: ٢٩٢/١١، ٢٩٨ ـ التفريع: ٢٥٧/٢.

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿قُلۡ إِصۡلَاحٞ لَّهُمۡ خَيۡرٞۖ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الزكاة»[1]، وقد روي ذلك (موقوفا)[2] إلى رسول الله ﷺ، ولأن في ذلك نظرا لهم ومصلحة وتنمية لأموالهم (وتعريضا له للتمييز فمهما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز)[3]، وسواء كان ذلك في تجارة أو شراء ضيعة أو عقار يستغل، أو ما يراه الناظر له حظا وصلاحا له، ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين، ولا ضمان على أمين.

مسألة:

عندنا إذا كان وصي الأيتام محتاجا جاز له أن يأكل من مال الأيتام، وكذلك الأمين، ويكون ذلك بقدر أجرة المثل[4].

وبه قال الشافعي[5].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز له أن يتناول شيئا من مال الأيتام[6].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [النساء: ٦]، وهذا يدل على جواز ذلك، لأنه أباح له الأكل عند الحاجة، فدل على ما ذكرناه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في الأصل: «مرفوعا».

(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٤) انظر: النوادر: ٢٩٧/١١، عيون الأدلة: ٢٨/ل: ٤٣ أ، التفريع: ٢٥٧/٢، العتبية مع البيان: ٤١١/١٠، ٤١٢.

(٥) انظر: الحاوي الكبير: ٣٦٤/٥، ٣٦٥، ٣٤٠/٦، المهذب: ٢٧٨/٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع: ١٥٤/٥.

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم «رخص لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف»[1].

ولأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعت على ذلك، فروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه «أنه لما ولي الخلافة دخل السوق يطلب المعاش، فرآه عمر رضي الله عنه، فجمع المهاجرين والأنصار، وقال لهم عمر: إن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم يقوم بأموركم وينوب عنكم، وأنه من المسلمين بمنزلة ولي اليتيم من اليتيم، فقدروا له كل يوم درهمين وأربعة دوانق»[2].

فوجه الدليل منه: أنه شبه ذلك بولي اليتيم، | [١٤٨ب] وهذا يدل على أنهم جعلوا الخلافة فرعا لولي الأيتام، لأنهم كانوا يعلمون أنهم يجوز لهم الأكل، وإذا ثبت أن للإمام أن يأخذ من بيت مال المسلمين كفايته، لأنه ناظر في مصالحهم، فكذلك ولي الأيتام يجب أن يكون بهذه المنزلة، لأنه القيم بشأنهم وقد حبس نفسه عليهم.

والقياس: هو أنه ناظر في مصلحة غيره وقيم عليه، فجاز له أن يأخذ حاجته إليه. أصله الإمام. ولأن الإنسان ليس عليه أن ينقطع عن معيشته وينظر في مصلحة غيره بغير عوض إلا أن يتطوع، فإن ذلك حسن، وأما مع فقره وحاجته إلى شيء يأكله ولا يمكنه من أن يعزل نفسه مما جعل إليه، فيجوز له أن يتناول من ذلك قدر كفايته (حسب)[3].

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]،

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ر: ٢٢١٢، ١٦٥/٢، ١٦٦، ومسلم في التفسير، ر: ٣٠١٩، ص: ١٢٠٩.

(٢) لم أجده فيما عندي من مصادر، وقد ذكر القصة الإمام الماوردي في كتابه الحاوي ٤٢/١٦.

(٣) سقطت من الأصل.

وليس من الحسن أن يأكل أموال اليتامى .

❁ **والجواب**: هو إنما أراد بذلك إذا كان غنيا لقوله تعالى : ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] ، وفرق تعالى بين الغني والفقير ، فدل على ما ذكرناه من ذلك .

❊ **قالوا**: ولأنه تصرف بإذن سابق فلا يجوز له الأكل ، أصله الوكيل .

❁ **والجواب**: هو أن هذا القياس مخالف للقرآن فلا نقبله . والثاني : هو أنه غير ممتنع أن يكون ذلك تصرفا بإذن ، ومع ذلك يجوز له الأكل ، الدليل عليه الأب في مال ابنه فإنه يجوز له الأكل ، وكل ذلك ينكسر بالإمام ، فإنه تصرف بإذن ، ومع ذلك لا يجوز له الأكل ، فكذلك في مسألتنا مثله .

والمعنى في الأصل ؛ هو أن الوكالة تنفسخ بالموت ، والوصية تثبت بالموت ، فلا يجوز قياس أحدهما على الآخر ، وليس كذلك في باب الوصي ، لأنه بمنزلة الإمام وجباة الصدقات .

والمعنى في الوكيل ؛ أنه مفوض إليه في البيع والشراء ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه أمين وناظر للأيتام كنظر الإمام لجماعة المسلمين ، فلم يجز اعتبار ذلك بالوكيل ، وإلحاقه بما قلناه أولى .

❊ **قالوا**: ولأن من لا يجوز له الأكل من مال الأيتام مع الغنى ، فلا يجوز له الأكل مع الفقراء ، أصله سائر الناس .

❁ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن لا يجوز مع الغنى ، ويجوز مع الفقير ، كالأبوين مع الابن لا يجب عليه الإنفاق عليهما مع الغنى ، ويجب عليه مع الفقر فكذلك في مسألتنا مثله .

والمعنى في سائر الناس إنما لم يجز لهم الأكل ؛ لأنهم على معايشهم مقيمين ، وهذا قد ترك |[١٤٩أ] شغله ومعيشته في صلاح الأيتام ، فهو كالإمام لما انقطع عن معاشه ونصب نفسه لمصالح المسلمين جاز له الأكل من أموالهم قدر كفايته ، كذلك في مسألتنا مثله .

❊ **قالوا**: ولأن المنافع لا قيمة لها إلا بحكم عقد يقتضيها ، وعقد الوصية لم يشترط فيه المنفعة ، فلا يجوز له أخذ ذلك .

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ، لأن عقد الوصية موضوع لذلك كما أن عقد الأمانة أيضا موضوع لذلك ، وكذلك الحاكم فلم يصح ما قالوه من ذلك . والله أعلم .

مسألة :

عندنا إذا بلغ اليتيم ، فطالب الوصي بماله فزعم أنه قد دفعه إليه ، لم يقبل ذلك منه إلا ببينة[١] .

وبه قال الشافعي: رحمه الله[٢] .

وقال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول الوصي مع يمينه[٣] .

ودليلنا هو قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]

فوجه الدليل منه: هو أنه أمره الله تعالى بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التي هي في يده إلى غير من ائتمنه عليها ، فلولا أنه يضمن (متى)[٤]

(١) انظر: النوادر: ١١/٣٠٨ ـ التفريع: ٢/٢٥٧ ، الكافي: ٤٢٤ ، البيان: ١٣/٤٩ .
(٢) انظر: مختصر المزني: ١١٠ ، الحاوي الكبير: ٦/٥٢٦ .
(٣) انظر: المبسوط: ٢٠/١٧٨ .
(٤) في الأصل: «شيئا» .

جحد، وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، فدل على ما ذكرناه.

والقياس: هو أنه (قد ادعى رد)[1] المال (المؤتمن عليه)[2] إلى من لم يأتمنه عليه، فوجب أن يلزمه الضمان، (أصله إذا دفع ذلك إلى أجنبي فإنه يلزمه الضمان)[3]، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه مؤتمن فوجب أن يكون القول قوله أصله المودع.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في المودع إنما كان القول قوله؛ لأنه يدعي رد الوديعة إلى من ائتمنه عليها، فلذلك كان القول قوله، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يدعي رد المال إلى من لم يأتمنه عليه فلزمه ضمانه.

❊ **قالوا:** ولأنه أمين فلا يلزمه الضمان، أصله ما يدعيه من النفقة والكسوة.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يمكنه الإشهاد على كل ما ينفقه من درهم وحبة وذرة، لأن ذلك يشق عليه، فلذلك قبل قوله فيه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه كان يمكنه الإشهاد على ذلك، فلما فرط في ترك الإشهاد عليه لما دفعه وجب عليه ضمان ذلك والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئا من مالها، ولا تتصدق به

---

(١) في ط: «أنه مدع لدفع المال».

(٢) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٣) في ط: «أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي، وقال الأجنبي لم آخذ شيئا فإنه يلزمه الضمان».

[١٤٩ب] ولا تعتق ولا تخرجه في غير معاوضة أو مصلحة، فيما زاد على ثلثها إلا بإذن زوجها[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لها أن تهب جميع مالها وتتصدق به ولا اعتراض له عليها[٢].

ودليلنا: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن زوجها»[٣]، (وهذا نص، وقوله: «تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها» وهذا يفيد أن للزوج حقا في تبقية المال بيدها)[٤] يدل على ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: وهذا الحديث مرسل، ونحن لا نقول بالمراسيل.

⚜ **والجواب**: هو أنا نحن نقول بها، وأبو حنيفة يقول بذلك، وأما الشافعي فإنه يقول بمراسيل سعيد بن المسيب[٥]، وإذا قال بمراسيل سعيد بن المسيب وجب القول بكل مرسل، لأنه لا يثبت إلا عن الثقة.

❊ **فإن قالوا**: بمراسيل سعيد بن المسيب قد تتبعت فوجدت (مسندة)[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٢٣، النوادر: ١٠/١٠٤ وما بعدها، التفريع: ٢/٢٥٦، الكافي: ٤٢٤

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ٧٩، الحاوي الكبير: ٦/٣٥٣، ٣٥٤

(٣) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، ر: ٣٥٤٦، ص: ٣٩٢، والبيهقي في الكبرى، باب الخبر الذي ورد في عطية المرأة بغير إذن زوجها، ٦/٦٠، ثم قال البيهقي بعد أن ساق أحاديث هذا الباب: «أحاديث هذا الباب أصح إسنادا».

(٤) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٥) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن مخزوم بن يقظة أبو محمد المخزومي، الإمام العلم، عالم أهل المدينة، وسيد التابعين في زمانه، روى عمر وسمع عثمان وعليا وزيد بن ثابت وأبا موسى وعائشة وابن عباس وغيرهم، وكان ممن برز في العلم والعمل، مات سنة ثلاث وتسعين رضي الله عنه. التاريخ الكبير: ٣/٥١٠، السير: ٤/٢١٧.

(٦) في ط: «مثل الأسانيد».

⚜ **والجواب**: أن هذه دعوى لا برهان عليها، لأنه لا فرق بين مراسيل سعيد وبين مراسيل الحسن وغيره فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «تنكح المرأة لثلاث لدينها ومالها وجمالها»[(١)]، وهذا القول منه عليه السلام يفيد أن الرجل ينكح المرأة لأجل المال ورغبته فيها كما ينكحها رغبة في الجمال والدين، ولو قلنا إنها تخرج جميع مالها بغير معاوضة لزال المعنى الذي لأجله نص عليه السلام عليه.

واستدلال، وذلك أن العادة جارية بين الناس أنهم إنما يبدلون الصداق ويبالغون فيه رغبة في المال كما يبذلون ذلك رغبة في الجمال، وأنهم يرغبون فيمن لها المال أتم رغبة ممن لا مال لها، هذه عادة مستمرة، ومن أنكر ذلك أنكر نفسه، وإذا كان ذلك كذلك؛ فلا يجوز لها أن تفوت غرضه من ذلك، فنقول لأنه أحد نوعي الأغراض المقصودة بالنكاح، فلا يجوز للمرأة تفويته على الزوج بغير إذنه. أصله الجماع، وذلك أنها لو أرادت الصوم تطوعا لم يجز لها ذلك إلا بإذن زوجها، فكذلك أيضا في مسألتنا وجب أن يكون هذا مثله. أو لأنه أحد نوعي ما يقصد به النكاح، فلا يحل للزوجة (إخراجه عن الزوج)[(٢)] إلا بإذنه. أصله ترك التزين له، لأنه لا يحل لها أن تترك ذلك ولا تخرجه إلى غيره.

والدليل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، ولا يجوز لها أبدا ذلك للأجانب، فكذلك المال |[١٥٠أ] وجب أيضا أن لا تخرجه عن يده إلا برضاه.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر: ٥٠٩٠، ٣/٣٦٠، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر: ١٤٦٦، ص٥٨٣.

(٢) سقطت من الأصل.

ولأن العادة جارية أن الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وترفيه، والذي يدل على ذلك؛ أن مهر المثل يقل ويكثر بجسب قلة مالها وكثرته كما يقل بحسبها بروزها في الجمال. وإذا ثبت ذلك لم يكن لها إبطال غرض (الرجل)[1] مما لأجله رغب في ولأجله كمل صداقها.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ «خطب في يوم عيد ثم أقبل على الناس فوعظهم وقال لهن: تصدقن ولو من حليكن فتصدقن»[2]، وذلك كان منهن من غير إذن أزواجهن، (وعندكم لا يجوز ذلك إلا بإذن أزواجهن)[3].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن عندنا يجوز لها أن تتصدق بثلث مالها فما دون ذلك من غير إذن الزوج، وإنما منعها من أكثر من ذلك، فيحتمل أن تلك الصدقة كانت فيما دون الثلث، وهذا هو الظاهر من ذلك، وعلى أنها قضية في عين، فيحتمل أن يكون من حضره عليه السلام في ذلك (اليوم)[4] نساء لا أزواجَ لهن، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها عاقلة بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها بغير إذن زوجها. أصله إذا كبرت وعنست.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم الأصل؛ لأنه لا يفترق الحكم في ذلك عندنا، لأنه من كان لها زوج فلا فرق بين الشابة والمعنسة، والثاني: هو أنه غير ممتنع أنه إذا كان بإذن الزوج جاز، وإذا كان بغير إذنه لم يجز، ألا ترى

---

(١) في ط: «الزوج».

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة، باب العرض في الزكاة، ر: ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١/٤٤٧، ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، ر: ١٠٠٠، ص٣٨٧.

(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٤) هكذا في ط.

أنها لو أرادت أن تصوم تطوعا لم يجز لها الدخول فيه إلا بإذنه، ولو لم يأذن لها في ذلك جاز له إبطال ذلك عليها، فكذلك أيضا في مالها إذا أذن لها فيه جاز، وإن لم يأذن جاز له إبطال ذلك فلا فرق بين الموضعين.

❊ **قالوا**: ولأنه شخص نسلم إليه ماله فجاز له التصرف فيه أصله الغلام.

❊ **والجواب**: هو أنه لا يجوز اعتبار المرأة بالغلام، وذلك أن الغلام يملك عصمة نفسه فلذلك ملك التصرف في ماله، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما ملك عصمتها ملك منعها من التصرف في مالها إلا بإذنه، ولأن النكاح مشتبه بالرق، كذلك قالت عائشة رضي الله عنها: «النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته»[1]، وهذا يدل على أن الزوج قد ملك عليها جميع ما يتعلق بالنكاح فكان ذلك إليه والله أعلم.

فَصْلٌ

إذا ثبت منعها من ذلك بما ذكرناه من الأدلة، فإن زادت على الثلث فقد قال مالك |[١٥٠ب] رحمه الله: يرد جميع ذلك، وقال المغيرة من أصحابنا: يجوز منه قدر الثلث[2][3].

فوجه قول مالك رحمه الله، أن ذلك مما يضر بالزوج فمنع من جميع ذلك. ووجه قول المغيرة أنه معتبر بحال المرض.

---

(١) قال البيهقي رحمه الله في السنن الكبرى: «ويذكر عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما أنها قالت: إنما النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته». وروى ذلك مرفوعا والموقوف أصح. ٨٢/٧.

(٢) انظر: المدونة: ١٢٣/٤، النوادر: ١٠٤/١٠، ١٠٥ ـ التفريع: ٢٥٦/٢، الكافي: ٤٢٤، البيان والتحصيل: ٢٣/١٤، ٢٤

(٣) في ط: «قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وأظنه رواية». وهذه العبارة مدرجة في المتن وليست مثبتة في النسخة الأصل، ولعلها من تصرف الناسخ والله أعلم.

فَصْلٌ

وإنما أجزنا لها الثلث ؛ لأن الخبر مقيد في المنع فيما زاد على الثلث ، ولأن كل من منع من إخراج ماله عن غير معاوضة لحق الغير الذي عاوض عليه ، فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث أصله المرض . والله أعلم .

كتاب التفليس[1]

مسألة:

عندنا إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس، فإن الحاكم يحجر عليه ويمنعه من التصرف في جميع أمواله ويبيع عليه ماله ويصرف إلى غرمائه[2].

وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد[3].

وقال أبو حنيفة: لا يحجر عليه، ولكن يأمره أن يبيع هو ماله ويصرفه إلى غرمائه[4].

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل في ديون ركبته وقال لغرمائه: «خذوا ما معه فليس لكم غيره»[5].

فوجه الدليل منه: أنه أنه قال حجر عليه، وعندكم أنه لا يحجر عليه.

❊ **قالوا:** فإن معاذا كان من أفاضل (أصحاب رسول الله ﷺ)[6]، فلا

---

(١) معنى التفليس: العدم، وأصله من الفلوس، أي أنه صاحب فلوس بعد أن كان صاحب ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال. انظر: التنبيهات: ٣/١٦٧٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٧٨، النوادر: ١٠/٧ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٤٩.

(٣) انظر: الأم: ٤/٤٣٣، الحاوي الكبير: ٦/٢٦٥، المبسوط: ٢٤/١٦٣.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ٩٥، ٩٦ ـ المبسوط: ٢٤/١٦٣.

(٥) أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب الأقضية والأحكام، ر: ٤٥٤١، ٥/٤١٣، والبيهقي في الكبرى، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ٦/٤٨، والحاكم في المستدرك، التشديد في أداء الدين، ٢/٥٨، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال في البدر المنير: هذا حديث صحيح، ٦/٦٤٥.

(٦) في ط: «الصحابة».

يجوز أن يمتنع من أداء دين عليه فكيف حجر عليه.

❁ **والجواب:** هو أنه ما امتنع من أداء الدين الذي عليه، ولكنه كان ينفق ما يبيع على المهاجرين والأنصار ويتكل على ذمته، فخشي النبي ﷺ أن ينفق ما معه ويبقى عليه الدين فيلحق أصحابه الضرر بذلك، فحجر عليه ليقضي ديونه.

وروى الزهري «أن معاذا أدان دينا، «فباع رسول الله ﷺ ماله عليه حتى قضى دينه من ذلك»[1]، فدل على ما قلناه من جواز ذلك.

وروي أن عمر بن الخطاب قال: «ألا أن أسيفع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فدان مقرضا فأصبح وقد دين به، فإنا بايعوا ماله، فمن كان له عليه حق فليأتنا»[2]، وهذا قاله بمحضرة من الصحابة، فدل على ما قلناه.

❁ **قالوا:** فيحتمل أنه كان ميتا فلذلك باع عليه.

❁ **والجواب:** هو أن الظاهر الحياة، لأنه وصفه بصفة الأحياء، لأنه قال «فأصبح وقد دين به» وأراد بذلك أنه قد انقطع، ولأنه قال «فدان مقرضا»، وهذا يدل على جواز الحجر عليه.

|[١٥١ب] وأما الدليل على أن الحاكم يبيع ماله عليه ويصرفه إلى غرمائه فحديث معاذ، وأن النبي ﷺ باع ماله عليه، وكذلك حديث عمر رضي الله عنه.

وأما القياس: فهو أن كل دين جاز بيع الذهب والفضة فيه جاز بيع العقار فيه، أصله نفقة الزوجة، وأصله إذا مات المفلس.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ٤٨/٦، وانظر: التلخيص: ٨٦/٣.

(٢) تقدم تخريجه.

أو لأن كل ما جاز أن يباع في دين الميت جاز أن يباع في دين المفلس. أو لأن كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع العروض فيه أصله المجنون والميت.

❊ **قالوا**: المعنى في المجنون أنه غير مكلف، وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنه ينكسر ببيع دراهمه ودنانيره، ولأنه دين واجب عليه فجاز بيع عروضه عليه فيه. أصله ما ذكرناه، إذا كانت له زوجة وغاب عنها فإنه يجوز للحاكم أن يبيع عروضه في ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه عاقل بالغ لا يحجر عليه في ماله ولا يباع عليه عروضه، أصله غير المفلس.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان بالغا عاقلا، إلا أنه يجوز بيع الحاكم عليه الدنانير والدراهم وصرف ذلك إلى غرمائه بغير رأيه واختياره، فكذلك أيضا في مسألتنا يجوز أن يحجر عليه ماله ويبيع جميع أمواله عليه، وعلى أن المعنى في غير المفلس؛ أن دنانيره لا تباع بالدراهم لأجل دينه، وليس كذلك هذا المفلس، لأنه لما جاز بيع دنانيره بدراهم وصرف ذلك إلى غرمائه، فكذلك يجوز بيع عقاره وصرف ذلك إلى أصحاب ديونه، ولأن غير المفلس لا يأمره بذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأن عندكم يأمره بذلك.

(قالوا)[١]: ولأنه لو جاز الحجر عليه لجاز هو أن يحجر على نفسه ابتداء (لأن تصرف الإنسان في نفسه آكد من تصرف الحاكم، ثم ثبت أنه)[٢] لو أراد أن يحجر على نفسه ابتداء لم يجز، فأولى أن لا يحجر عليه الحاكم.

---

(١) سقطت من الأصل.

(٢) ساقط من الأصل.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمنع أن يكون هو لا يملك الحجر على نفسه ويملكه الحاكم عليه، ألا ترى أنه لو قال امرأتي حرام ورفع ذلك إلى الحاكم لاجتهد في ذلك بحسب ما نراه فكذلك في مسألتنا مثله، وكذلك في الإيلاء والعنة، الحاكم له مدخل في ذلك وإن لم يكن هو له مدخل في ذلك، ولأنه لا حاجة به إلى ذلك، والحاجة هاهنا ماسة إلى ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه عاقل بالغ، فلا يجوز بيع ماله بغير إذنه أصله غير المفلس.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالزوج مع زوجته إذا طالبت بذلك الحاكم وهو غائب فإن الحاكم يبيع عليه ماله، وكذلك يبيع |[١٥١ب] دنانيره بالدارهم فإنه يباع عليه ذلك، وإن كان بالغا عاقلا في غير المفلس أن دنانيره لا تباع عليه بالدراهم، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما جاز بيع دنانيره بالدراهم وصرفها إلى غرمائه فكذلك في سائر عقاره وعروضه وجب بيع ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه حق واجب عليه، فلا يباع ماله بغير إذنه أصله الكفارات الواجبة عليه.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بيع ماله عليه في نفقة زوجاته وبيع دنانيره بالدراهم، وعلى أن المعنى في الكفارات أنه لا يحبس بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأن له المطالبة بذلك، ولأن الكفارات من حقوق الله تعالى فلا يجوز حبسه عليها، وليس كذلك في مسألتنا لأنها من حقوق الآدميين، ولأن المعنى في الكفارات أنه لا مطالبة للإمام في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه له المطالبة بذلك، ولأن الكفارات من حقوق الله تعالى فلا يجوز حبسها عليها وليس كذلك في مسألتنا، لأنها من حقوق الآدميين.

❊ **قالوا**: ولأنه مال يتعين فلا يجوز بيعه عليه أصله كسوته وما يحتاج إليه.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا تأثير لقولكم يتعين، لأنه لو لم يتعين كان بهذه المنزلة، وعلى أنه لا نسلم الأصل؛ لأنه إن كان له ثياب تزيد على ما يحتاج إليه في كسوته، فإن الحاكم يبيع عليه ذلك، وأما ثوبه الواحد فلا يباع عليه، لأن الحاجة إليه تستغرقه وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه لو وجب بيع ماله عليه بغير إذنه لوجب أيضا أن تقولوا أنه يستأجر لهم.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إنما تعلق حقهم بماله، وأما برقبته ومنافعه فلا، ألا ترى أنه أيضا لا يستأثر بنفقة زوجته فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن غرماء المفلس لم يدخلوا على أن تتعلق حقوقهم بأعيان أمواله، وإنما دخلوا على أن تكون لهم الذمة يستوفون منها المال فلا يجوز أن يباع ماله (لأجلهم)[1].

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه بيع الذهب بالفضة، ومع ذلك يجوز بيعه عليه لأجلهم، وكذلك يلزم عليه نفقة (زوجته)[2]، وكذلك إذا مات فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فَصْلٌ

وإذا ادعى المديان الإفلاس ولم يعلم صدق ذلك من كذبه فإن الحاكم

---

(١) في الأصل: «في حكمهم».

(٢) في ط: «الزوجات».

يحبسه ليتبين أمره[1].

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول |[١٥٢أ] الله ﷺ قال: «ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[2]. والعقوبة ههنا الحبس.

وروي أن رسول الله ﷺ «حبس في تهمة»[3]. (وقد حبس كثير من الصدر الأول)[4]، روي ذلك عن جماعة من الصدر الأول أنهم حبسوا[5].

(فَصْلٌ)[6]

والحبس في ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب (على ظنه)[7] من تهمة الغريم أو لدده[8] وإلطاطه[9] وتغييب ماله، ولا يتقدر ذلك

---

(١) انظر: المدونة: ٧٨/٤، النوادر: ١٠/١٥ وما بعدها، التفريع: ٢٤٧/٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، ر: ٣٦٢٨، ص: ٤٠١، وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، ر: ٢٤٢٧، ٨١١/٢، وقال في البدر المنير: حديث صحيح، وذكره البخاري في باب لصاحب الحق مقال، فقال: ويذكر عن النبي ﷺ «لي الواجد يحل عقوبته وعرضه» البدر المنير: ٦٥٦/٦، وانظر: صحيح البخاري: ١٧٥/٢.

(٣) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الحبس في الدين وغيره، ر: ٣٦٣٠، ص: ٤٠٠، والترمذي في الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، ر: ١٤١٧، ٢٨/٤، والحاكم في المستدرك: ١٠٢/٤. وقال: حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه. وانظر: البدر المنير: ٤٨٢/٥.

(٤) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٥) قال الإمام علي رضي الله عنه: «إنما الحبس حتى يتبين للإمام، فما حبس بعد ذلك فهو جور». سنن البيهقي الكبرى: ٥٣/٦.

(٦) سقطت من الأصل.

(٧) في ط: «في قلبه».

(٨) لدده: اللَّدِد: الرجل الشديد الخصومة الجدِل. لسان العرب: ٤٠٢٠/٥.

(٩) إلطاطه: من لطَّ الشيء يلطه لطا، إذا ألزقه، ويقال: لطّ حقه ولطّ عليه: جحده، وألطّ الرجل: إذا اشتد في الأمر والخصومة. لسان العرب: ٤٠٣٤/٥.

عندنا بمدة من الزمان[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يتقدر ذلك بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر[2].

ودليلنا: هو أن الغرض من حبسه اختبار حاله وتبيُّن إعساره من يساره، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع في المدة الطويلة، فوجب أن لا يتقدر إلا بغلبة الظن حسب.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه إذا حبسه الحاكم وأطال حبسه أضجره ذلك، فيؤدي إلى إظهار ماله بطول مقامه في الحبس.

⚜ **والجواب:** هو أنا كذلك نقول، والثاني هو أن عادات الناس تختلف أيضا في ذلك، لأن من الناس من لو أقام عمره ما أظهر ذرة واحدة، فيجب أن يكون على ذلك ما رأى الحاكم في ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا ثبت عسره خلي سبيله، ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره[3].

وقال أبو حنيفة: لهم أن يلازموه (لا على معنى أنهم يطلبونه، ولكن يكونون معه)[4] ويدورون معه حيث دار، حتى أنه قال: إذا دخل في داره دخلوا معه[5].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٥٩

(٢) انظر: المبسوط: ٢٠/٨٩، بدائع الصنائع: ٧/١٧٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٥٩ ـ النوادر: ١٠/١٥، التفريع: ٢/٢٤٧.

(٤) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٥) انظر: المبسوط: ٢٠/٨٩، بدائع الصنائع: ٧/١٧٣.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وهذا ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس.

وروي أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وقال لغرمائه «ليس لكم إلا ذلك»[١]، ولم يذكر الملازمة.

وروي أن رجلا ابتاع ثمرة وأصيب بها، (فقال عليه السلام: «تصدقوا عليه، فتصُدّق عليه فلم يبلغ وفاء دينه»[٢]، فقال عليه السلام لغرمائه: «خذوا ما معه ليس لكم غيره»[٣].

والقياس: هو أنه دين لا يجب المطالبة به فلا يجب الملازمة به، أصله الدين المؤجل.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه دين مؤجل، (فلذلك لا تجوز المطالبة به)[٤]، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه دين حال.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان حالا إلا أن المطالبة (أيضا)[٥] به قد سقطت، ولأن الحبس قد زال عنه ثبوت عسره فكذلك الملازمة وجب أن تسقط أيضا لأجل ذلك.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من نظر معسرا غفر له»[٦].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين قوسين ساقط من ط.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ر: ١٥٥٦، ص: ١٥٥٤.

(٤) في ط: «فلذلك لم يلزم الملازمة به».

(٥) سقطت من الأصل.

(٦) هذا الحديث بمعناه، رواه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرقائق، ر: ٣٠٠٦، ص١٢٠٣، وهو قوله ﷺ: «من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله».

|[١٥٢ب] ❊ **قالوا**: وهذا يدل على أن ملازمته (تجوز)[١].

⚜ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك من يمكنه وزن ذلك، وأما هذا فلا مال له.

❊ **قالوا**: وروي أن رسول الله ﷺ قال: «من أنظر معسرا إلى يساره أظله الله تعالى في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله»[٢].

⚜ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول، وأما إذا ثبت الإفلاس فليس هناك انظار إلى يساره.

❊ **قالوا**: وروى عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من أنظر معسرا إلى يساره أنظره الله بذنبه إلى توبته»[٣].

⚜ **والجواب**: هو أنه إنما أراد بذلك الثواب ونحن نقول به.

❊ (قالوا)[٤]: وروي أن رسول الله ﷺ «قضى على مديان بالملازمة، ثم عاد على الرجل فقال: ما فعل أسيرك؟ فسماه أسيره»[٥]. وهذا يدل (على جواز الملازمة)[٦].

---

(١) في ط: «أن له ملازمته».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: ٢٢١٧، ٢/٣٥٦، وقال الحافظ المناوي: «ضعفه الأزدي». التيسير بشرح الجامع الصغير: ٢/٧٨٦.

(٤) سقطت من الأصل.

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير، ٢٢/٣٠٨، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في الملازمة، ٦/٥٣. والحديث معلول، فقد قال ابن أبي حاتم في العلل: لم يرو هذا الحديث غير النضر بن شميل، عن الهرماس، والهرماس شيخ أعرابي، لا يعرف أبوه ولا جده». العلل: ٤/٢٨٠، ٢٨١.

(٦) في ط: «على جواز ذلك».

❁ **والجواب**: هو أن هذه قضية في عين، فيحتمل أنه ما كان ثبت فلسه عند رسول الله ﷺ، فلذلك قضى رسول الله ﷺ عليه بالملازمة، وعندنا إذا لم يثبت ذلك عند الحاكم، فإن له المطالبة والملازمة.

❊ **قالوا**: ولأنه دين حال فثبتت به الملازمة أصله إذا كان موسرا.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن هذا دين حال، وإنما هذا دين منظور به إلى حال يساره، وعلى أن المعنى في ذلك أن له المطالبة به، فلذلك كانت له الملازمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما سقطت المطالبة سقطت الملازمة، كالدين المؤجل.

❊ **قالوا**: ولأن الملازمة سبب يتوصل بها إلى استيفاء حقه، فوجب أن لا يسقط حقه، أصله الموسر بالدين.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل به إذا كان الدين مؤجلا، والمعنى في الأصل أن له المطالبة، فكانت له الملازمة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يكن له المطالبة لم تكن له الملازمة.

مسألة:

ولا (تجوز)[1] إجارة المفلس وإن كان له صنعة يتكسب منها[2].

وبه قال سائر الفقهاء[3].

وقال أحمد بن حنبل: يستأجر ويأخذ الغرماء ما كسبه[4].

(١) في ط: «لا تجب».

(٢) انظر: المدونة: ٤/٨١، النوادر: ١٠/٨، ١٠.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات: ٢/٣١٥.

(٤) انظر: المغني: ٦/٥٨١.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولم يذكر استئجاره.

والقياس: هو أنه ابتداء تملك، فلا يجبر عليه المفلس، أصله الهبة والوصية والصدقة.

واحتج بأن قال: المنافع تقوم مقام الأعيان إذا أمكن استيفاء الدين |[١٥٣أ] الذي عليه من أعيانه، فكذلك من منافعه.

والجواب: هو أن هذا (لا يصح)[1]، لأن المال الذي تعلق به ما تعلق برقبته ولا بمنافعه، وإنما تعلق بماله، فإذا لم يوجد له مال، وجب تركه إلى أن يحصل له مال، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فَصْلٌ

ويحبس في الديون الثابتة كلها، المعاوضة وغير المعاوضة[2]. وإنما قلنا ذلك؛ لأنه دين يجب المطالبة به، فاستحق الحبس عليه به.

فَصْلٌ

ويحل الدين المؤجل بالموت[3][4]، (وقال الحسن)[5] وغيره: لا يحل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لو لم يحل لم يخل إلا أن يكون متعلقا بذمة الميت أو بذمم الورثة، فلا يجوز أن يكون متعلقا بذمة الميت، لأن الميت لا ذمة له،

---

(١) في ط: «ليس بصحيح».

(٢) انظر: النوادر: ١٠/٨ ـ ٩، التفريع: ٢/٢٤٧.

(٣) كتب في الأصل. «ولا يحبس وغيره»، وهو خطأ من الناسخ، والصحيح: وقال الحسن وغيره.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٨٣.

(٥) ساقط من الأصل.

ولا يجوز أن يتعلق ذلك بذمم الورثة، لأنه لا شيء يوجبه، ولا يلزم صاحب الدين الرضى بذمتهم وتسليم التركة إليهم، ولأن الدين مقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل فلا فائدة في ذلك، ولا نفع للورثة فيه، وإنما هو تعرض المال للتلف، فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم.

فَصْلٌ

(والديون التي للميت)[1] أو المفلس لا تحل، بل تبقى إلى آجالها[2]، وإنما قلنا ذلك؛ لأن محالّها المتعلقة بها لم تبطل ولم (تفت)[3]، وإنما حلَّت الديون التي عليها لبطلان محلها (وغيبته)[4].

فَصْلٌ

ويحل الدين بالفلس عندنا كما يحل بالموت[5].

وقد قال الشافعي في أحد قوليه: إنه لا يحل[6].

وإنما قلنا ذلك: لأن الإفلاس يوجب تفريق ماله بين غرمائه كالديون الحالة، ولأن الإفلاس معنى يوجب تعلق الديون التي كانت في الذمة (بأعيان الأموال)[7]، فوجب أن يتعجل، أصله الموت.

❊ **(فإن)[8] قالوا:** لأنه على دين مؤجل فلا يتعجل بالإفلاس أصله إذا

---

(١) في الأصل: «والدين الذي للميت».
(٢) انظر: المدونة: ٤/٨٣، الكافي: ٤١٨.
(٣) في ط: «تغب».
(٤) سقطت من الأصل.
(٥) انظر: المدونة: ٤/٦٢، ٦٣، التفريع: ٢/٢٤٩.
(٦) انظر: الأم: ٤/٤٤١ مختصر المزني: ١٠٤، الحاوي الكبير: ٦/٣٢٣.
(٧) في الأصل: «بالأعيان».
(٨) سقط من الأصل.

كان له وفاء.

❁ **(فالجواب)**[1]: هو أن المعنى في ذلك أنه باق على الذمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ههنا ينتقل إلى الأعيان فهو كالموت وبه يتعجل، فكذلك في مسألتنا، والله أعلم بدلك.

❁ مسألة:

عندنا أن من باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع الثمن، فالبائع إن وجدها بعينها لم تفت، فهو بالخيار بين أخذها بالثمن الذي باعها به وبين تركها، ومحاصة الغرماء. فإن كان قد قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها، أو التتمسك بها والحصاص بما بقي، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة[2].

وقال أبو حنيفة: |[١٥٣ب] هو أسوة الغرماء، فإن وجدت السلعة في يد المشتري بيعت وكان له أسوة الغرماء يضرب معهم، فإن وجدت السلعة بيد البائع كان مقدما بثمنها على سائر الغرماء، فإن فضل شيء كان للباقين[3].

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به»[4]، وهذا قد أدرك عين ماله، فجاز له أخذ ماله.

والقياس: هو أنه مشتر أفلس بثمن سلعته على صفة، والسلعة موجودة

---

(١) سقط من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ٨٤/٤، ٨٥ ـ النوادر: ٥٩/١٠، التفريع: ٢٤٩/٢ ـ ٢٥٠.

(٣) انظر: الحجة على أهل المدينة: ٧١٤/٢ مختصر الطحاوي: ٩٥، ٩٦.

(٤) أخرجه البخاري في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس.. ر: ٢٤٠٢، ١٧٥/٢، ومسلم في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس فله الرجوع فيه، ر: ١٥٥٩، ص ٦٣٧.

لم يتعلق بها حق الغير، فجاز للبائع الرجوع فيها، أصله إذا كان ذلك قبل التسليم.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه ما وجد التسليم المستحق بالعقد فلذلك جاز له الرجوع، وليس كذلك في مسألتنا لأنه قد وجد ذلك.

❊ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما، ألا ترى أن عندكم يقدم البائع بالثمن على سائر الغرماء، فدل على أنه أحق بذلك من سائر الغرماء.

وقياس آخر: وهو أن المشتري أحد المتعاوضين، فإذا لم يسلم العوض جاز له الرجوع في عين ماله ما لم يتعلق به حق الغير. أصله البائع إذا لم يسلم له العوض، جاز له الرجوع، وكذلك المشتري مثله.

ولأنه عقد معاوضة يلحقه الفسخ، فجاز له فسخه مع وجود عين ماله وتعذر التسليم. أصله إذا أسلم ثوبا في رطب ولم يوجد الرطب، فإنه يجوز له الرجوع في (عين)[1] ثوبه، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** إنما جاز له ذلك، لأن السلم في المعدوم لا يجوز.

❊ **والجواب:** هو أن ذلك جائز عندنا فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها معاوضة يلحقها الفسخ فجاز (أن يلحقها الفسخ)[2] مع الإفلاس. أصله الكتابة.

أو معاوضة يلحقها الفسخ بالإقالة فجاز أن يلحقها الفسخ مع الإفلاس. أصله ما ذكرناه من الكتابة، لأن العبد إذا أفلس كان للسيد فسخ

---

(١) سقطت من ط.

(٢) في ط: «فجاز فسخها».

كتابته، فكذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنها معاوضة يلحقها الفسخ برد العيب فيلحقها الفسخ بالإفلاس، أصله ما ذكرناه، ولا يلزم عليه ما ذكرناه إفلاس المحال عليه، لأنها ليست بمعاوضة، وإنما ذلك نقل مال من ذمة إلى ذمة.

❊ **قالوا:** المعنى في الكتابة إنما لحقها الفسخ من السيد، لأن العبد له، وما أخرجه عن يده، فلذلك جاز فسخ ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأن البائع قد أخرج السلعة من يده وملكه فلا يملك الفسخ فيه.

❁ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينه وبين المكاتب، لأن السيد |[١٥٤أ] أيضا لما كاتب عبده فقد أخرجه عن ملكه ويده، ثم ثبت أن العبد إذا أعسر عن ذلك ثبت للسيد فسخ ذلك والرجوع إلى رقبته، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **واحتج** بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

❊ **قالوا:** وههنا ما وجد الرضى من المفلس برد السلعة إلى البائع.

❁ **والجواب:** أنا كذلك نقول، وإنما لا يأكل ذلك إلا بعد الفسخ، لأنه ينفسخ العقد، وترجع السلعة إلى بائعها فيجوز له أكل ماله.

ولأن الآية عامة، وما ذكرناه من السنة خاص، والخاص مقدم على العام.

❊ **قالوا:** وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1] وهذا ما طابت نفسه فلا يحل.

---

(١) تقدم تخريجه.

⚜ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول، لأنها إنما ترجع إليه بالفسخ فقد طابت به النفس.

❊ **قالوا**: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «من باع سلعة فأفلس المبتاع، فالبائع أسوة الغرماء، سواء قبض ذلك أو لم يقبضه»[١].

⚜ **والجواب**: هو أنا نحمله على ما إذا رضي بذلك، أو إذا بذل له الغرماء ثمن السلعة، فإنه لا رجوع له فيها.

❊ **قالوا**: ولأن البائع كان يستحق الإمساك، فلما أسقط حقه منه لم يكن له الرجوع فيه مع الإفلاس، أصله المرتهن إذا أسقط حقه من إمساك الرهن ورده على الراهن، ثم أفلس الراهن بعد ذلك، فإنه لا يملك الرجوع في الرهن، لأنه أسقط حقه وهو الإمساك، فكذلك في مسألتنا في البائع مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا أسلم ثوبا في رطب فلم يوجد الرطب، فإنه قد أسقط حقه، ومع ذلك فله الرجوع في ثوبه، وكذلك يلزم عليه الرد بالعيب.

وعلى أن المعنى في الرهن أنه وثيقة بالحق، فإذا رده إلى الراهن فقد أسقط حقه، فلذلك لم نجز له الرجوع فيه بفلس الراهن، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا ماله والعقد ما انفسخ، ولأن في الرهن لو أراد رده إليه لاحتاج إلى عقد جديد، وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه أسقط حقه (بالعقد)[٢] من الإمساك بالتسليم، فلا يرجع

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، ما جاء في إفلاس الغريم، ر: ١٩٧٩، ٢/٢٠٩، ٢١٠، وأبو داود في أبواب الإجارة، باب في الرجل يفلس، ر: ٣٥٢٢، ص٣٩١. وقال أبو داود: حديث مالك أصح، وانظر: البدر المنير: ٦/٦٥٤.

(٢) سقطت من الأصل.

إليه بالإفلاس، أصله إذا وهب منه شيئا ثم أفلس، فإنه لا يملك الرجوع، فكذلك في مسألتنا.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا أسلم ثوبا في رطب فلم يوجد الرطب، فإنه قد أسقط حقه، ||[١٥٤ب] ومع ذلك فله الرجوع، وكذلك يلزم عليه الرد بالعيب.

والثاني: أنا نقول بموجبه وهو إذا رضي وبذل له الغرماء قيمة سلعته، فإنه لا يرجع بذلك، وأما لمعنى في الهبة أنها غير عين عقد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنها عين عقد يقتضي العوض، فكان له الرجوع إلى عين ماله.

❁ **قالوا**: ولأنها مال من أموال المفلس فلا يملك البائع أخذه، أصله سائر أمواله.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنها مال من أمواله.

والثاني: هو أنه يلزم ما ذكرناه من الثوب المسلم في الرطب فتعذر ذلك، فإنه يرجع إلى عين ماله. وعلى أن المعنى في سائر أمواله أنه ما تعلق بها حق له، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا قد وجد عين ماله فكان له الرجوع فيه، أصله إذا كان قبل التسليم.

❁ **قالوا**: ولأن من لا يجوز له الرجوع في عين ماله قبل الحجر، لا يجوز له الرجوع فيه بعد الحجر، أصله إذا كان قد باعها ثم رهنها آخر عند آخر.

❁ **والجواب**: هو أنه لا يجوز اعتبار ما بعد الحجر بما قبل الحجر، لأن قبل الحجر كان يملك التصرف وفي هذه الحالة لا يملك ذلك. وينكسر بما إذا أسلم ثوبا في رطب.

والمعنى في الأصل إنما لم يجز له الرجوع ؛ لأن هناك يد قد تقدمت يده ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن ههنا ما سبقت يده يد.

❊ **قالوا:** ولأنه بائع فلا يملك الرجوع في السلعة مع الإفلاس أصله إذا كان قد باعها.

⚜ **والجواب:** هو أنه إن كان لم يقبض الثمن ، فإنه يرتجعها ، وإن كان قد قبض ثمنها فإنما لم يرجع في ذلك ، لأنه قد حصل عليها يد لمن استحقها بعقد ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه وجد عين ماله.

❊ **قالوا:** ولأن الفلس لو كان يثبت له الخيار في الرجوع إلى عين ماله لوجب إذا وجد ذلك في حال الابتداء أن يمنع من العقد.

⚜ **والجواب:** هو أنه غير ممتنع ، ألا ترى أن من اشترى ثوبا وخفي عليه عيبه فإن العقد يصح ، وإن كان يثبت له الخيار بعد ذلك ، وكذلك نفس المكاتب إذا أفلس.

❊ **قالوا:** ولأنه لو أحاله بحق له ثم أفلس ، فلم يجز له الرجوع إلى غير ماله.

⚜ **والجواب:** هو إنما كان كذلك ؛ لأن الحوالة نقل مال من ذمة إلى ذمة ، فلذلك لا يرجع فيه ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه بيع ولأن في باب الحوالة قد انقطعت العلائق وليس كذلك في مسألتنا ، والله أعلم بذلك.

|[١٥٥أ] **مسألة:**

عندنا إذا مات المفلس ووجد البائع سلعته ، فإنه لا يجوز له الرجوع فيها ، بل يكون أسوة الغرماء[1].

---

(١) انظر: المدونة: ٨٥/٤ ، النوادر: ٥٩/١٠ ، الرسالة: ١٥٣ ـ التفريع: ٢٤٩/٢.

وقال الشافعي: يرجع بسلعته إذا وجدها بعينها كما يرجع بها في الإفلاس في حال الحياة[1].

ودليلنا: ما روي مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعا فأفلس المبتاع، ولم يقبض الذي باعه منه شيئا فوجده بعينه، فهو أحق به من الغرماء»، وإن مات المشتري، فصاحب المتاع أسوة الغرماء[2].

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام فرق بين المفلس في الحياة والموت.

❊ **قالوا**: فهذا الخبر مرسل.

⚜ **والجواب**: هو أن المرسل عندنا والمتصل واحد إذا أرسله ثقة، وهذا كما قلتم في مراسيل سعيد بن المسيب، فلا فرق بين ما أرسله سعيد بن المسيب أو غيره إذا كان ثقة.

والقياس: هو أن المشتري إذا مات فإنه لم يبق له ذمة، فوجب أن يستوي الغرماء في المال أصله إذا لم يجد عين ماله.

ولأنه إذا أفلس فالذمة باقية، والغرماء لهم ذمة يتعلقون بها، وفي الموت قد خربت الذمة خرابا لا يرجى عمارتها، فلو قلنا إنه يرجع بغير ماله لم يبق للغرماء شيء يرجعون إليه، وبهذا فارق حال الحياة.

واحتج بما روى المزني عن الشافعي عن أبي فديك عن بن أبي ذئب عن أبي المعتمر عن جلدة أو ابن خلدة الزرقي عن أبي هريرة أنه رأى رجلا أفلس

---

(١) انظر: الأم: ٤/٤٨٤، ٤٨٥ ـ مختصر المزني: ١٠٢، الحاوي الكبير: ٦/٢٧٣.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، ما جاء في إفلاس الغريم، ر: ١٩٧٩، ٢/٢٠٩، ٢١٠.

فقال: فهذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[1].

❊ **قالوا**: فوجه الدليل منه أنه عليه السلام جعله له بالموت كما جعله له بالإفلاس.

⚜ **والجواب** عنه من أوجه:

أحدها: أن هذا الإسناد لا يقر بثبته أهل المعرفة بالحديث.

والثاني: هو أن خبرنا أولى؛ لأنه ذكر البائع والمشتري فيه مفسرا، وفرق فيه بين الفلس والموت، وهذه زيادة حكم فكان أولى مما ذكرتموه.

والثالث: هو أنا نحمله عما إذا أفلس المشتري وبان فلسه ثم مات، فإن صاحب المتاع أولى به، أو نحمله عما إذا لم يكن هناك غرماء غيره بدليل ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: ولأنه بائع وجد عين ماله، فجاز له الرجوع فيما لم يتعلق به حق الغير، |[١٥٥ب] أصله إذا أفلس وهو حي.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه ما تعلق بها حق الغير، بل قد تعلق بذلك حق الغرماء وهو واحد منهم، والمعنى فيه إذا أفلس وهو حي، أن هناك ذمة يرجى عودتها وللغرماء التعلق بها، فلذلك قلنا يرجع في عين ماله إذا وجده، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ذمته قد خربت بالموت، فلا يبقى لبقية الغرماء ما يتعلقون به، فوجب أن يكون أسوتهم في ذلك والله أعلم.

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند، كتاب التفليس، ر: ١٥٢٧، ص٣٢٩، والحاكم في المستدرك، ٥٠/٢، والبيهقي في الصغرى، باب التفليس، ر: ٢٠٣٣، ٢٨٣/٥، ٢٨٤. وقال الحاكم صحيح الاسناد ولم يخرجاه بهذا اللفظ.

فَصْلٌ

وله أخذ السلعة وإن كان قد قبض بعض ثمنها إذا رد ما قبضه[1].

خلافا للشافعي[2].

وإنما قلنا ذلك، للخبر الذي رويناه، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض من ثمنها شيئا، إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله، وذلك يستوفي فيه الفلس بجميع الثمن أو بعضه.

فَصْلٌ

وله تركها والمحاصة للغرماء، وإنما كان كذلك (لأن أخذها حق له غير مستحق عليه)[3] لأنا لما لم نجبره لم يجبر عليه[4].

فَصْلٌ

وإذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه، فالتلف من المفلس، وديون الغرماء باقية، وإنما قلنا ذلك، لأن تلفه كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء ولا شيء على الحاكم، وإنما قلنا ذلك لأنه أمين.

فَصْلٌ

وإذا باع الحاكم ذلك وتلف ثمنه قبل قبض الغرماء له، فالتلف من الغرماء[5].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ملك لهم والحاكم قابض لهم وقد برئ المفلس منه،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٨٠، النوادر: ١٠/٥٣، التفريع: ٢/٢٥٠، الكافي: ٤١٧.

(٢) انظر: الأم: ٤/٤٤٩، مختصر المزني: ١٠٢.

(٣) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٨٠ التفريع: ٢/٢٤٩، الكافي: ٤١٧.

(٥) انظر: المدونة: ٤/٧٩، المختصر الكبير: ٣١٦.

وقد قال محمد بن عبد الحكم: إن الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء[1].

فوجه ما قاله محمد: هو أن الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع. والقول الأول هو الصحيح وهو المذهب[2].

فَصْلٌ

وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال:

إن كان ذهبا أو ورقا ودينه من جنسه، فالتلف بعد جمعه من الغرماء، ووجهه: هو أنه لم يبق إلا تسليمه لهم، وقبض الحاكم هو قبض لهم، فضمان الذهب ممن دينه ذهب، وضمان الورق ممن دينه ورق، وإن كان ذلك عروضا فتلفها من المفلس[3]، ووجه ذلك هو: أن الغرماء إنما يستحقون أثمانها دون أعيانها.

فَصْلٌ

والصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس[4]. وإنما كان كذلك، لأنها في قبضتهم وحوزتهم لها، فهم كالرهن في يد المرتهن، وأنه أحق من غيره فكذلك في مسألتنا.

فَصْلٌ

ولو استأجر دارا للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض |[١٥٦أ] السنة فأفلس، فربها أحق بما بقي من مدة الإجارة، ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من هذه المسائل في هذا الباب[5].

---

(١) انظر: المختصر الكبير: ٣١٦، النوادر: ١٠/٢٦.

(٢) مال أبو محمد ابن أبي زيد إلى قول ابن عبد الحكم وبه صرح في نوادره. انظر: النوادر: ١٠/٢.

(٣) انظر: النوادر: ١٠/٢٦.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٨٦، النوادر: ١٠/٧٠

(٥) انظر: النوادر: ١٠/٧٨

كتاب الضمان وهي الكفالة

والأصل في جواز الضمان قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، وري أن رسول الله ﷺ قال: «الزعيم غارم»[١]، ولأنها وثيقة بالحق فكانت جائزة كالرهن، ولا خلاف في جوازها.

ولها عبارات يقال: هي الحمالة والكفالة والضمان والزعامة وكل ذلك بمعنى واحد.

فَصْلٌ

والكفالة جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن[٢]، لأن فائدتها؛ قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق الذي عليه، ولا يجوز ذلك في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، لأن استيفاء ذلك من الضامن غير جائز.

مسألة:

عندنا أن الكفالة بالوجه جائزة إلا في الحدود[٣].

وبه قال أبو حنيفة[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله، ر: ٣٥٦٥، ص٣٩٥، وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة، ر: ٢٤٠٥، ٢/٨٠٤. والبيهقي في الكبرى، باب وجوب الحق بالضمان، ٦/٧٢. وانظر كلام الحافظ الزيلعي في نصب الراية على هذا الحديث. ٤/٥٧.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٨٥ ـ الكافي: ٣٩٨، المقدمات: ٢/٣٧٦.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٩٦، النوادر: ١٠/١٠٩، عيون الأدلة: ٢٨/ ل١٠٤ب، التفريع: ٢/٢٨٧.

(٤) انظر: المبسوط: ١٩/١٦٢ ـ بدائع الصنائع: ٦/٤.

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥ﴾ [يوسف: ٧٨]، الآية، وهذا يدل على جواز ذلك.

❊ **قالوا:** فهذا شرع من قبلنا.

⚜ **والجواب:** هو أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ به، فلم يصح ما قالوه.

وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2]، وهذا زعيم فوجب أن يلحقه الحق ما ضمن.

وروي أن عبد الله بن عمر «كان له على علي رضي الله عنهما دين فطالبه به، فتكفلت به أم كلثوم أخت علي»[3]، وهذا بمحضر من الصحابة فدل على جواز ذلك.

والقياس: هو أنها وثيقة بالحق فكان ذلك جائز أصله الرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى حقه على سبيل التوثق فكان ذلك جائز أصله ما ذكرناه، ولأنه ممن يجوز إحضاره فجاز ضمانه أصله الدين.

ولا يلزم عليه المرأة، ولأنه يجوز عندنا ضمان ما عليها ويجوز إحضارها.

❊ **قالوا:** المعنى في الدين، إنما جاز ضمانه لأنه يثبت في الذمة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ضمان الوجه لا يثبت في الذمة فلا يجوز ضمانه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح ؛ وذلك أن الضمان إنما هو رفق، فلا فرق فيه بين ما ثبت في الذمة وبين ما لا يثبت في الذمة، وإنما القصد من ذلك

---

(١) انظر: الأم: ٤/٤٨٥، مختصر المزني: ١٠٩ ـ الحاوي الكبير: ٦/٤٦٢.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) لم أجده فيما عندي من مصادر.

التوصل إلى استيفاء الحق فلم يصح ما قالوه، ولأنها وثيقة يجوز استيفاء الحق منها، فجاز ضمانها كالرهن.

❊ **قالوا**: المعنى في الرهن أنه إذا تعذر أداء الحق |[١٥٦ب] باعه وأخذ ماله منه وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الشهود، فإنه لا يجوز له بيعهم في الحق ومع ذلك يجوز له التوثق بهم فلم يصح ما قالوه.

ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر، فإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود لأنه لا يقال إن عليه أن يحضر ليقتل أو يحد.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن الغرر»[1].

وقال هذا غرر.

⚜ **والجواب**: هو أن الغرر ما الغالب عليه عدم السلامة، وإحضار هذا ليس بغرر، لأنه يأخذ مدة ويسلمه إلى من ضمنه عنه فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها كفالة بالبدن، فوجب أن لا تصح أصله إذا تكفل ببدن زوجته.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن تكون كفالة ومع هذا يصح كما ذكرناه في الكفالة بالمال، وأما الأصل فعندنا تجوز الكفالة بوجه امرأته ويحضر بها فلم يصح ما قالوه.

وعلى أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يجوز أن تتكفل بمنافعها فلم يتكفل

---

(١) تقدم تخريجه.

بوجهها وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه تكفيل بعين، فوجب أن لا يصح أصله إذا تكفل له بودائع عند زيد.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الكفالة بالمال لأنها عين. والمعنى في الودائع التي عند زيد إن علم بها وأقر له بذلك جاز ضمان ذلك، وأما إذا لم يقر له بذلك وإنما لم يلزم التكفل بذلك لأنه غير قادر على تسليم ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يأخذ بيده ويحضره في الحال فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن الحر مما لا تثبت عليه اليد، فلا يجوز التكفيل به أصله سائر الأمانات.

⚜ **والجواب**: هو أنه (   )[1] لا تثبت عليه اليد، ومع ذلك يختصمان عليه ما كان يمتنع أن يضمن هو أيضا، فأما سائر الأمانات فإنه يجوز ضمان ذلك إذا علمه وتحققه، فلم يصح ما قالوه.

والثاني: أن سائر الأمانات لا يتمكن من إحضارها، وليس كذلك في مسألتنا لأنه يتمكن من إحضار ذلك فافترقا.

❊ **قالوا**: ولأنه ضمان عين في الذمة فوجب أن لا يصح، أصله إذا أسلم إليه في ثمرة نخلة بعينها.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأن الكفالة بالوجه ليست بضمان للعين، وإنما ذلك يجوز على العين وهو إحضارها كالدين الذي عليه.

والمعنى في السلم في ثمرة نخله بعينها إنما لم يجز، لأن السلم من شأنه

(١) كلمة لم أتبينها.

أن لا يتغير، لأنه يجب عليه أن يأت بثمرة من أي وجه قدر عليه |[١٥٧أ] فلم يصح ما قالوه.

والثالث: هو أنه لا يمتنع أنه لا يجوز الضمان في غرماء وإن جاز في غير ذلك، ألا ترى أن من أجر عبده أو داره فإنه ضامن بحق يستوفي من العين، والحق هو المنافع وإن لم يضمن العين فلم يصح ما قالوه.

❊ **وربما قالوا**: ولأنه عقد شرط فيه أجرة السلم فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال له بعتك عبدي على أن لا أسلمه إليك.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه سائر الديون وكذلك المسلم فيه، والمعنى في ذلك؛ أن البيع موضوع لتسليم كل واحد من المتعاقدين ما عاوض، فلما شرط أن لا يسلمه إليه لم يصح العقد، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه شرط أن يسلمه فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه عقد على ما يقدر تسليمه، فوجب أن لا يصح، أصله بيع الطير في الهواء والسمك في الماء.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأنه قادر على تسليمه، وهو أن يأخذه بيده ويسلمه إلى صاحب الحق، وأما الطير في الهواء والسمك في الماء فإن ذلك غرر وخطر، ولذلك لم يجز، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا رفق وبر فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه لا فائدة في هذا الضمان لأنه يجوز أن يموت أو يهرب.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في ذلك فوائد منها الرفق الذي ندب إليه والمعاونة والتخلص من اللدد، لأنه ربما أراد أن يحبسه ويبذله، فإذا

ضمنه زال عنه ذلك، وكان له ذلك في الثواب التام.

والثاني: هو أنه لا اعتبار بما يطرأ بعد ذلك، ألا ترى أن النكاح وسائر العقود تصح، وإن كان قد يطرأ عليها الفسوخ والفساد بعد ذلك فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

فَصْلٌ

إذا ثبت أن الكفالة بالوجه جائزة، فإن جاء الكفيل به فقد برئ فإن لم يأت به غرم ما عليه[(١)].

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»[(٢)]. ولأن الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه احتضار الغريم، بدليل امتناع الكفالة في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا في أن يكون ضامنا للمال إلا أن يشترط أي يتكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن عليه من المال شيء، فلا يلزمه حينئذ بشرط إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه، لأنه كمن تعمد إتلاف مال الغير.

ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء، بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق[(٣)]. وإنما قلنا ذلك، ||[١٥٧أ] لأنه لا صنع له في موته فينسب في ذلك إلى التفريط فلذلك لم يلزمه شيء.

مسألة:

عندنا يصح ضمان المال المجهول مثل أن يقول: دَايِنْ فلانا مما حصل

---

(١) المدونة: ٤/٩٦.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٩٧، النوادر: ١٠/١١١.

لك عليه فأنا ضامن، أو يقول له: أنا ضامن لك بما علي زيد وهو لا يعرف مبلغ ما عليه أو يضمن ما يجد في دفتره أو يثبت قبله كل ذلك يجوز عندنا(١).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله(٢).

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز ذلك(٣).

ودليلنا: ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الزعيم غارم»(٤) ولم يفرق بين المجهول والمعلوم، فهو على عمومه وشموله.

والقياس: هو أنه تطوع بإلزام نفسه سببا لم يكن يلزمه على وجه المعروف، فكان ذلك جائزا أصله النذر، ولأنه فعل معروف، فإذا جاز في المعلوم جاز في المجهول أصله الغنم والوصية والهبة.

وقياس آخر: وهو أن الضمان عقد على نفسه عقدا يلزمه الوقاية أصله سائر العقود. أو لأنه عقد يقصد به المعاونة والتخلص من المطالبة فجاز تعليقه بالشرط، أصله الكتابة، لأنه لو قال لعبده إن أديت إلي ألفا فأنت حر، فإن ذلك جائز فكذلك في مسألتنا مثله.

ولأنه ضمان مال مجهول فوجب أن يصح، أصله إذا قال لو ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وكذلك ضمان الدرك.

❊ **قالوا**: المعنى في قوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، إنما جاز ذلك لأنه استدعاء الألف بمال معوض ومثله في مسألتنا، لأنه إذا قال علي

---

(١) انظر: عيون الأدلة: ٢٨/ل: ٩٦ب، التفريع: ٢/٢٨٥، الكافي: ٣٩٨.

(٢) انظر: المبسوط: ١٩/١٧٧ ـ بدائع الصنائع: ٦/٤.

(٣) انظر: الأم: ٤/٤٨٤ ـ المهذب: ٣: ٣١٥.

(٤) تقدم تخريجه.

مالك على زيد فإنه لا يعلم مبلغ ذلك كما لا يعلم قدر ما يرميه في البحر، وإنما يعلم ذلك بعد التخلص، فإنه إما أن يعرف ذلك من جهة شرائه أولا أو يعرف ذلك بأقرب المواضع التي ألقى به المتاع في البحر وفي وقت الطرح هو مجهول لا نعلم قدره وإنما يعلم في الثاني، فلم يصح ما قالوه من ذلك، فإنه لا فرق بينهما بوجه ولا سبب.

وقياس آخر: وهو أنه نوع ضمان فصح مع الجهالة.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بالوصية فإنه حق لآدمي ومع ذلك يصح بالمعلوم والمجهول فلم يصح ما قالوه، ولأنه إن كان |[١٥٨أ] مجهولا في هذه الحالة إلا أنه يصير معلوما في الثاني، ولأنه إسقاط حق يجوز تعليقه على الصفات والأخطار، فجاز مع الجهالة أصله الطلاق والعتاق.

❁ **قالوا**: المعنى في الطلاق والعتاق أنه مبني على التغليب والسراية وليس كذلك في مسألتنا.

❁ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، لأنه إذا جاز ذلك في الطلاق والعتاق الذين هما إزالة ملك، كان في مسألتنا أولى من ذلك، لأنه فعل معروف وخير.

واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن الغرر».

❁ **قالوا**: وهذا غرر.

❁ **والجواب**: هو أن الغرر ما الغالب عليه عدم السلامة، وفي مسألتنا هو معروف وطاعة وقربة وقد ألزم ذلك فلزم الوفاء به.

❁ **قالوا**: ولأنه ضمان مال مجهول، فوجب أن لا يصح، أصله إذا قال: ضمنت لك بعض مالك على فلان.

✾ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا قال له: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإن هذا ضمان مال مجهول في الحال، وكذلك إذا قال له: علي صدقة، فإنه قد ألزم نفسه ذمة ضمان شيء مجهول، ومع ذلك لم يلزم، وكذلك ضمان الدرك. والأصل غير مسلم؛ لأن عندنا يجوز ذلك في البعض كما يجوز ذلك في الكل، لأن عندنا يقال له بين ما أردت «بالبعض» عند القضاء، فلم يلزم ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه يثبت مالا في الذمة بعقد لآدمي، فوجب أن لا يصح مع الجهالة أصله البيع.

✾ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإنه يثبت مالا في الذمة ومع ذلك يصح مع الجهالة، وكذلك يلزم عليه مهر المثل لأنه يثبت بالجناية.

✾ **والجواب**: هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه لا يثبت إلا بعد العقد، ولولا العقد ما ثبت، فلم يصح ما قالوه. ويلزم عليه النذر والعتق، والمعنى في البيع؛ هو أن القصد منه المعاينة والمكايسة فلذلك لم يصح مع الجهالة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يقصد به المعروف والمكارمة والتخليص، فهو كالهبة والصدقة والنذر أشبه منه بالبيع، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

❖ مسألة:

ويصح عندنا ضمان مالم يجب مثل أن يقول رجل لرجل: كلما داينت به فلانا فعلي[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٠٢، التفريع: ٢/٢٨٥.

(٢) انظر: المبسوط: ١٩/١٧٧.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك[1].

ودليلنا: هو أنه نوع ضمان فصح قبل وجوبه أصله إذا قال له: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه.

ولا معنى |[١٥٨ب] لقولهم: إن ذلك يستدعى إتلاف مال بعوض، لأنه في الحال إتلاف مال مجهول والضمان قد وجد قبل الإتلاف.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه ضمان ما لم يجب فوجب أن لا يصح أصله إذا قال له: كلما جنيت على فلان فأنا ضامن له.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه ما قلناه من قوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، والمعنى في الجناية إنما لم يجز ذلك، لأنه لا معروف في ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه فعل طاعة ومعروف.

❊ **قالوا**: ولأنها وثيقة يجوز التوثق بها بعد الحق، فلا يجوز التوثق بما قبله أصله الشهود.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا قال له: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، ولا يسلم الأصل؛ لأنه قد يجوز ذلك في الشهادة، ألا ترى أن الشاهدين إن شهدا أيهما سمعا زيدا يقول لفلان كذا وكذا أو فلانة زوجي وجحد أنه ما قال ذلك، حكما عليه بالحق وإن لم يشهداهما على أنفسهما ولا يعلمان هل يطلبه زيد أم لا، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا يجوز ضمان ما على الميت من المال وسواء خلف بذلك ما لا فيه

---

(١) انظر: الأم: ٤/٤٨٤.

وفاء بذلك أم لم يخلف خلافا فإن ذلك جائز[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاء لم يجز ضمان ذلك عنه[3].

ودليلنا: ما روى جابر بن عبد الله «أن رجلا توفي فغسلناه وكفناه، فلما جئنا به ليصلي عليه رسول الله ﷺ قال: «فهل على صاحبكم من دين»، فقال ديناران، فقال عليه السلام: «وما تنفعه صلاتي»، فقال علي رضي الله عنه هما علي يا رسول الله، فقال ﷺ: «جزاك الله خيرا عن الإسلام، وفك رهناك كما فككت رهانه»[4] فدل على ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: فيحتمل أنه كان قد تحملها عنه في حال ملائه وحياته.

⚜ **والجواب**: هو أنه قال أنا أحملها عنه، وهذا يدل على أنه يحمل ذلك في هذه الحالة لا في ما تقدم.

وروى أنس بن مالك قال: «الحمد لله الذي يمسك السماء أن تقع على الأرض، فقالوا: يا أبا حمزة حدثنا بحديث ينفعنا الله به، فقال ان استطاع أحدكم أن يموت ولا دين عليه فليفعل، فإني كنت عند رسول الله ﷺ فأتى بجنازة ليصلي عليها، فقال هل على صاحبكم من دين، فقالوا: ديناران يا رسول الله، فقال: «||[١٥٩أ] وما تنفعه صلاتي وروحه مرتهنة بدينه، فإن قام أحدكم فيضمنها صليت عليه»، فقام أبو قتادة فقال أنا أحملها عنه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٠٠، النوادر: ١٠/١١٦.

(٢) انظر: الأم: ٤/٤٨٣، المهذب: ٣/٣١١.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ١٠٤، بدائع الصنائع: ٦/٦.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب وجوب الحق بالضمان، ٦/٧٣، قال البيهقي بعد أن ساق الحديث: والحديث يدور على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف.

يا رسول الله، فصلى عليه»[1]. فدل على ما ذكرناه من ذلك.

وهو أن من جاز الضمان عنه حال جناية جاز الضمان عنه في حال وفاته، أصله إذا حلت بذلك وفاء، ولأن كل من صح الضمان عنه إذا حلف وفاء صح الضمان عنه وإن لم يخلف وفاء، أصله إذا كان ذلك حيا.

❊ **قالوا**: المعنى فيه إذا كان حيا أن هناك ذمة باقية، وليس كذلك بعد الموت لأنه لا ذمة له ولا محل للحق أن يشتغل به.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن ذمته قد خربت بالموت، ألا ترى أنه يصح الإبراء عنه والقضاء فدل على أن له ذمة، ولأن الموت معنى يزيل التكليف فلم يمنع من صحة الضمان أصله الجنون والإغماء، ولأنه نوع تبرع فصح مع الموت أصله الإبراء والقضاء، ولأن الميت له ذمة، ألا ترى أن أنه يصح الإبراء عنه والقضاء، فلولا أن ثم ذمة ما صح ذلك.

❊ **قالوا**: يريد بذلك أنه لا ذمة له، أنه لا يجوز ابتداء الدين في ذمته.

⚜ **والجواب**: هو أن ذلك جائز، ألا ترى أنه لو حفر بئرا في طريق المسلمين فمات فيها إنسان فإنه يجب ضمان ذلك، فدل على أن له ذمة، ولأنه عندنا تصح الوصية له بالمال، فيخرج ذلك في ديونه فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج بأن قال**: الموت معنى يسقط المطالبة من كل وجه فلا يصح الضمان عنه. أصله الإبراء وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما يمنع من الاستدامة لم يمنع من الابتداء، والقضاء إنما كان كذلك لأنه لما منع من الاستدامة منع من الابتداء.

---

(١) أخرجه البخاري بلفظ آخر، كتاب الحوالة، باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز، ر: ٢٢٨٩، ٢/١٣٩.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا حلف بذلك وفى. ولأن المعنى في الإبراء والقضاء أنه منع من الاستدامة فمنع من الابتداء.

❊ **قالوا**: ولأنه مات مفلسا فلم يصح الضمان عنه أصله المكاتب إذا مات.

⚜ **والجواب**: هو أن المكاتب لو كان حيا لم يصح عنه الضمان، فكذلك في مسألتنا، لأنه لما صح عنه الضمان في حال حياته صح عنه في حال وفاته. ولأن المكاتب لو كان عبدا لم يصح الضمان عنه وليس كذلك في مسألتنا، ولأن المكاتب معقود عليه فلذلك لم يصح الضمان عنه وليس كذلك في مسألتنا لأنه معقود له.

❊ **قالوا**: ولأنه ضمان عن ميت مفلس فلم يصح |[١٥٩ب] أصله الضمان بالمجهول.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم لأن ضمان المجهول عندنا وعندكم يصح.

❊ **قالوا**: ولأن المرتهن لا بد له من محل إما ذمة أو عين وليس ههنا واحد من ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم لأن ههنا ذمة، ألا ترى أن الإبراء لا تجوز عنها وكذلك القضاء فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن الموت سبب ينافي الديون من جميع الجهات، فوجب أن يضعف حكم ما تغرم من الدين أصله العبادات لما لم تجب بعد الموت ضعف حكم ما تقدم وجوبه عليه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن العبادات لا تصح النيابة فيها في حال حياته والدين يصح ضمانه عنه في حال حياته فصح بعد وفاته فلم يصح ما

قالوه. وعلى أنا لا نسلم لأن عندنا تصح الوصية فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

ولا يبرأ الضمين بالمال بأن يحضر وجه المكفول عنه[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن التكفل بغير وجهه والبراءة إنما تكون لخروجه بما تكفل به.

فَصْلٌ

واختلف في الرواية عن مالك رحمه الله في مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم، فروي أن ذلك له[2].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله[3].

وروي عنه أنه قال: ليس له مطالبة الكفيل[4]، وهذا على وجه التحقيق ليس برواية ثابتة وإنما هو رجوع إلى الثانية.

فوجه الرواية الأولى قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[5] ولم يفرق.

والقياس: هو أنها حال ضمان فوجب استيفاء الحق منه أصله إذا أفلس الغريم، ولأن الضمان أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كانت له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٨٦.
(٢) انظر: المدونة: ٤/١٠٧، التفريع: ٢/٢٨٦، ٢٨٧.
(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ١٠٢/١٠٣ ـ الأم: ٤/٤٨٤.
(٤) انظر: النوادر: ١٠/١١٤، ١١٥ ـ التفريع: ٢/٢٨٧.
(٥) تقدم تخريجه.

ووجه الرواية الثانية: ما قاله أحمد بن المعذل[1] رحمه الله. وذلك أنه قال: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى والهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة[2]، وإذا ثبت ذلك لم يكن له ذلك إلا على الوجه الذي دخل الضامن الضامن عليه.

وأما الثالثة: فإنها مبنية على هذه، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم ||[١٦٠أ] لأنه أحق بالمطالبة، فإن وفى به سقط ذلك عن الضمين [وإن جحد لهم][3] من مال الضمين، وإنما كان كذلك؛ لأن استيفاءه متعذر من الغريم، وهذه فائدة الضمان.

فَصْلٌ

وأما إذا مات الضمين قبل حلول الحق، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه أنه قال: يؤخذ المال من تركة الضمين فتدفع إلى صاحب الدين ويرجع به [وبرئ][4] الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله.

والرواية الثانية: أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الحق، فإن أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثة الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين[5].

---

(١) أحمد بن المعذل، بن غيلان بن الحكم العبدي، يكنى أبا الفضل البصري، وأصله من الكوفة، وهو الفقيه المتكلم من أصحاب ابن الماجشون، سمع من إسماعيل بن أبي أويس وبشر بن عمر وغيرهما، وعليه نفقه جماعة من كبار المالكية، كإسماعيل القاضي وأخيه حماد بن إسحاق، توفي رحمه الله وقد قارب الأربعين سنة. الجمهرة: ١/٢٨٢، ٢٨٣، ر: ١٨٠.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) هكذا في الأصل، والذي في المعونة: «وإن عجز تمم من مال الضمين». المعونة: ٢/١٣٣٤.

(٤) في المعونة: «ورثة». ٢/١٣٣٤.

(٥) انظر: المدونة: ٤/١٠٠ ـ النوادر: ١٠/١١٦، التفريع: ٢/٢٨٦، ٢٨٧.

والرواية الأولى مخرجة على أن له المطالبة في حلول الحق أيهما شاء، لأن موت الضمين يحل الحق عليه.

ووجه الثانية: أن ذلك مبني على أن له مطالبة الضمين، إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما قلنا أنه يعزل لئلا يتلفه.

فَصْلٌ

والحمالة بالكتابة لا تصح[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنها ليست بدين ثابت مستقر لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة فلذلك لم يصح ضمان ذلك.

مسألة:

ورضا المضمون له شرط عندنا[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

وقال الشافعي: ليس بشرط[4].

ودليلنا: هو أنه وثيقة بالحق فاعتبر رضاه أصله المرتهن.

❊ **فإن قالوا:** المعنى في ذلك أن من شرطه القبض وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **فالجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأنه ليس من شرطه القبض، ولأنه نوع ضمان فكان رضاه شرطا فيه أصله المضمون عنه.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١١٨، ١١٩، التفريع: ٢/٢٨٥.

(٢) انظر: مختصر المدونة: ٣/٧٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٦/٣.

(٤) انظر: الحاوي الكبير: ٦/٤٣٤.

❊ **واحتج** بأن قال: روي أن النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»[1].

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يسمى زعيما إذا لم يرض المضمون له بذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه ضمان ينفعه فلم يعتبر رضاه أصله المضمون عنه.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم لأن رضا المضمون عنه أيضا شرط فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه ضمان دين فلا يفتقر إلى رضاه أصله إذا كان مريضا.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه وثيقة ليس من شرط لزومها القبض فلم يفتقر فيها إلى رضا الموثوق له أصله المشهود.

⚜ **والجواب**: هو أنه ينكسر بالرهن، وأما الشهود فإنهم مغيبون |[١٦٠ب] من العقد، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

كتاب الحوالة

(لا خلاف في جوازها)[1]، والأصل في جواز الحوالة ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع»[2].

وهي في الحقيقة بيع الدين بالدين، لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان له عليه، واستثنيت من الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين، ولأن المقصود بها المعروف والرفق دون المتاجرة والمكايسة كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر (في نظائر ذلك)[3].

مسألة:

عندنا أن الحوالة تفتقر إلى رضى المحيل والمحال، (وأما المحال عليه)[4] فلا يعتبر رضاه[5].

وبه قال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه[6].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا بد من رضاه[7].

---

(١) ما بين قوسين مثبت من ط.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحوالة، باب إذا أحال على مليء فليس له رد، ر: ٢٢٢٨، ١٣٩/٢، ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني ظلم، ر: ١٥٦٤، ص٦٣٦.

(٣) ما بين قوسين مثبت من ط.

(٤) سقطت من الأصل.

(٥) المدونة: ١٢٦/٤، التفريع: ٢٨٨/٢، المنتقى: ٤٥٢/٦.

(٦) انظر: الأم: ٤٧٩/٤ ـ الحاوي الكبير: ٤١٨/٦.

(٧) انظر: بدائع الصنائع: ١٥/٦.

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع»[1]

❁ **قالوا**: فلا نسلم أنه إذا لم يرض بذلك أن ههنا حوالة.

⚜ **والجواب**: هو أن النبي ﷺ سمى ذلك حوالة، وهو أفصح العرب وأعلم بذلك، فكان الرجوع إليه أولى من الرجوع إلى ما قلتم.

والقياس: هو أنه أذن له في أخذ ماله عليه من الحق فلم يفتقر إلى رضاه، أصله إذا قال لوكيله خذ من فلان كذا وكذا، فإنه لا يفتقر إلى رضى الآخذ منه، فكذلك في مسألتنا. ولأن الحق للمالك فكان له أن يملكه من شاء أصله سائر الحقوق.

❁ **واحتج بأن قال**: لأنه نوع ضمان فوجب أن يفتقر إلى رضاه أصله سائر الضمانات.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن هذا نوع ضمان، لأن الضمان إنما هو ضم ذمة إلى أخرى، وههنا هو انتقال من ذمة إلى ذمة، وعلى أن المعنى في الضمان أنه يملك التصرف فيه، وفي مسألتنا لا يملك ذلك فافترقا.

❁ **قالوا**: ولأنه أحذ من تتم الحوالة به فوجب أن يفتقر إلى رضاه أصله المحيل والمحال عليه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا في أولئك إنما عتبر رضاهما؛ لأن ذلك عقد من متعاقدين، وليس كذلك في مسألتنا، لأن المحال عليه كالمعقود عليه لا يعتبر رضاه، كما لو باع عبدا |[١٦١أ] لم يعتبر رضاه، فكذلك في مسألتنا مثله، والله أعلم بذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

❖ مسألة:

عندنا إذا أحال رجل رجلا بمال وقبل الحوالة ولم يكن غرّه بذلك فلا رجوع له عليه بذلك[1].

وبه قال الشافعي رحمه الله[2]: إلا أن الشافعي لا يعتبر التغرير له.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له الرجوع إذا جحد بالحق أومات مفلسا[3].

ودليلنا: ما روى مالك رحمه الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[4].

فوجه الدليل منه من وجهين:

أحدهما: قال «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»، فأمر عليه السلام إتباع المليء ولم يخص حال إتباعه بوقت دون وقت، وإذا وقعت الحوالة على مليء فوقت قبولها وجب الإتباع مؤبدا وأن لا يكون له الرجوع في ذلك.

والثاني: هو أنه عليه السلام اعتبر الملاء في المحال عليه وعلق الأمر باتباع المحال فقال: «إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع عليه، فلو لم يسقط حق المحال بعقد ملاه المحيل لم يكن لتعليق إتباعه على ملائه فائدة.

❊ **قالوا:** إنما أراد بذلك عليه السلام إذا استدام ملاءه إلى وقت الأخذ.

⚜ **والجواب:** هو أن النبي ﷺ لم يفرق بينهما فلم يصح ما قالوه. ولأنه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٢٦، النوادر: ١٠/١٥٦، التفريع: ٢/٢٨٨.

(٢) انظر: الأم: ٤/٤٧٩ ـ المهذب: ٣/٣٠٧.

(٣) انظر: المبسوط: ٢٠/٥٤ ـ بدائع الصنائع: ٦/١٩.

(٤) تقدم تخريجه.

لو اعتبر ذلك لم يكن لذلك فائدة، ولا للحوالة ولا لقبولها فائدة فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه حق انتقل بالحوالة فلم يملك الرجوع به أصله إذا أفلس ولم يمت.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه لم يخرب ذمته فلذلك لم يجز له الرجوع وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لو مات لم يبق له ذمة.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا جحد وحلف، فإن الذمة ما خربت ومع هذا يرجع عليه.

وقياس آخر: وهو أنه موت من عليه الحق فلم يجب له الرجوع أصله سائر الديون.

وقياس آخر: وهو إن تعذر الوصول إلى المال المحال به لا يوجب الرجوع. أصله إذا هرب أو خرج إلى بلد آخر، أو لأنه حوالة برئت بذمة المحيل فيها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها. أصله إذا لم يعسر حاله، أو لأنه حق مقدور على أخذه ممن هو عليه، فإذا سقطت المطالبة به وببذله عنه في حال رشده لم يعد ذلك الحق إليه، أصله إذا قضى ما عليه. ولأن الحوالة بمنزلة، الإبراء والقبض، لأن المطالبة بالدين يسقط معها، فالاعتبار يجب أن يكون بحال الرضى لا بما يؤول إليه الحال في الثاني، والدليل على أنها بمنزلة القبض، أنه لو باع رجل من رجل شيئا ولم |[١٦١ب] يسلم إليه العوض، فإنه يجوز له إمساك المبيع، ولو أحاله بذلك فقبل الحوالة لم يكن له إمساك المبيع، ووجب عليه التسليم فدل ذلك على أنها بمنزلة القبض، وإذا كانت بمنزلة القبض لم يكن له الرجوع بعد ذلك إلا أن يغره (فيرجع لمعنى آخر)[1].

---

(١) في ط: «فذلك يرجع لمعنى أخر عليه».

واحتج بما روى أنس بن معونة عن عثمان بن عفان ﵁ أنه قال في حوالة وكفالة: «لا توى على مسلم»[(١)]. أي لا هلاك.

❁ **والجواب**: أن عليا ﵁ خالفه في ذلك، فروى «أن جد سعيد بن المسيب كان له على علي كرم الله وجهه مال، فطلب أن يحيله على رجل، فأحاله، فمات الرجل، فعاد إلى علي فقال له: قد مات الرجل الذي أحلتني عليه، فقال له علي: اخترت علينا غيرنا أبعدك الله»[(٢)].

فأخبر ﵁ أنه ليس عليه من موت المحال عليه شيء، لأنه رضي بذلك واختاره فدل على ما ذكرناه.

❁ **قالوا**: ولأن الحق انتقال من ذمة إلى ذمة غيرها، فإذا أتوا ولم يسلم له كان له الرجوع، أصله إذا كان له عليه ألف درهم فاشترى منه بذلك ثوبا ولم يسلم إليه كان له الرجوع فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أنكم علقتم على العلة ضد المقتضي، لأن الحق إذا كان قد انتقل لم يجب الرجوع فيه، والثاني: هو أن قولكم «فإذا أتوا» لا تأثير له، لأنه لو لم يتو كان كذلك، وأما الأصل فإنه باعه عبدا أو ثوبا فالمال الذي له عنده إذا تلف قبل قبضه فإنه يتلف من المشتري عندنا فلم يسلم ما قالوه.

❁ **قالوا**: ولأنه إنما رضي بالحيلولة ليسلم ماله، فإذا لم يسلم ذلك له كان له الرجوع. أصله إذا كان له عليه دين فاستأجر منه دارا فلم يسلم له، فإن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، باب في الحوالة، أله لأن يرجع فيها، ر: ٢١١١٥، ٦/١٨٩، والبيهقي في الكبرى، باب من قال يرجع على المحيل لا توى على مال مسلم، ٦/٧١، والحديث في اسناده مقال، ذكره البيهقي هنا.

(٢) هذا الأثر لم أجده في كتب الآثار، وذكره ابن الجوزي في كتابه: التحقيق في أحاديث الخلاف، ٢/٢٠٤؛ والماوردي في الحاوي: ٦/٤٢١.

له أن يرجع كذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا أفلس ولم يمت. والثاني: هو أن المعنى في الدار المستأجرة إنما كان كذلك لأن العلائق ما انقطعت بينهما، فلذلك جاز له الرجوع، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن العلائق قد انقطعت بينهما.

❊ **قالوا**: ولأنه لو باع رجل من رجل شيئا فأفلس المبتاع ووجد البائع متاعه أخذه، فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنكم لا تقولون بذلك ولا نحن نقول بذلك، إلا أنا وإن كنا نرى أن له الرجوع إلى ذلك لأنه يرجع إلى غرمائه، والرجوع إلى غرماء المال أولى |[١٦٢أ] من الرجوع إلى الذمة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه قصد بقبول الحيلولة صيانة ماله وتحصيله، فإذا لم يسلم له ذلك كان له الرجوع. أصله إذا قبض دينه ممن هو عليه ثم وجده ديونا، فإنه يرجع عليه، كذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه ما قصد ذلك، وإنما قصد انتقال الحق من ذمة إلى ذمة فلا نسلم ما قالوه. وأما الرجوع في الدراهم الزيوف إنما جاز ذلك؛ لأنه وجد عينا بالمعقود عليه فكان له الرجوع بذلك كما لو ابتاع ثوبا فوجد به عيبا كان كذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن إفلاس المحال عليه لا يخلوا: إما أن يجري مجرى العيب، أو مجرى الاستحقاق. ومن وجد عيبا يبذل حقه كان له الرد والرجوع إلى الحق، وكذلك من اشترى شيئا واستحق من يده كان له الرجوع إلى حقه، فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا عيب حدث بعد العقد، ألا ترى أن المطالبة

بالحق وبذله قد سقطت، وإنما يرجع إذا كان العيب متقدما وموجودا قبل العقد، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عند مالك رحمه الله: إذا غر المحيل المحتال بفلس المحال عليه، فإنه يجوز الرجوع إلى المحيل بالحق(١).

وقال الشافعي: لا يرجع(٢).

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أحيل أحدكم»(٣) بما في ذمة الآخر، فإذا غيره بفلس بعلمه فكأنه باعه معيبا لا يعلمه، فإذا علمه كان له الرجوع عليه. أصله إذا باعه سلعة معينة فإنه يجوز له الرجوع بذلك كذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** المعنى في البيع أن المشتري وجد العيب في نفس حقه وهو فوات جزء من المبيع، فلذلك جاز له الرجوع وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا العيب في نفس الذمة التي هي محل الحق وذلك ليس بعيب.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا ليس بصحيح ؛ لأن أكثر العيوب خراب الذمة، لأن أكثر الحقوق بها تعلق، فإذا جاز له الرجوع بعيب السلعة فأولى أن يرجع في خراب الذمة.

❊ **قالوا:** ولأن في الحوالة كان يجب عليه أن يسأل ويتثبت، وكذلك يحتال، فلما فرط في ذلك فقد أسقط حقه، وليس كذلك الرد بالعيب، لأنه لم

---

(١) انظر: المدونة: ١٢٧/٤، النوادر: ١٥٦/١٠ ـ التفريع: ٢٨٨/٢.

(٢) انظر: الأم: ١٨٤/٤، مختصر المزني: ١٠٧ ـ المهذب: ٣٠٧/٣.

(٣) تقدم تخريجه.

يمكنه أن يسأل الناس عن هذه السلعة |[١٦٢ب] هل بها عيب أم لا فلذلك قلنا له أن يرجع في عيب السلعة ولا يرجع في الحوالة.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه ليس كل الناس يظهر إفلاسهم ، لأن ذلك يظهر إذا أفلسه الحاكم وحجر عليه ، فإذا غيره بذلك فقد دلس عليه فكان له الرجوع في ذلك.

واستدلال في المسألة ؛ وذلك أن المحتال إنما يبرأ المحيل على شرط ، وهو صحة سلامة ذمة المحال ، فإذا غيره كان له الرجوع عليه لأنه قصد إتلاف ماله.

❁ **واحتج بأن قال**: لأنها حوالة يرضى بها فلا يملك الرجوع بها على المحيل عليه أصله إذا لم يغره.

❁ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك ؛ أنه غيره فلذلك لم يرجع عليه ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه غره فكان له الرجوع عليه ، لأنه قصد إتلاف ماله ، والله أعلم بذلك.

كتاب الصلح

والأصل في جواز الصلح قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»[(١)]، ولأن فيه قطعا للخصومة وداعية إلى التوصّل والألفة.

مسألة:

ويجوز الصلح عندنا على الإقرار والإنكار[(٢)].

وبه قال أبو حنيفة[(٣)].

وقال الشافعي: (الصلح على الإنكار غير جائز)[(٤)][(٥)].

وصورة هذه المسألة: أن يدعي رجل على رجل شيئا ولا بينة له، فأنكر المدعي، وقال له صالحني على شيء أدفعه إليك ولا تحلفني، فإنه عندنا يجوز ذلك ويملكه المدعِّى، والشافعي يقول إن ذلك حرام ويجب عليه رده ولا يتملكه[(٦)].

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الصلح، ر: ٣٥٩٤، ٣٩٨، وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح، ر: ٢٣٥٣، ٢/٧٨٨، والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ر: ١٣٥٢، ٣/٦٢٦. وقال الحاكم صحيح على شرطهما. ٢/٥٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٢٠٥، النوادر: ٧/١٨٠ ـ التفريع: ٢/٢٨٩.

(٣) انظر: المبسوط: ٢٠/١٣٤، بدائع الصنائع: ٦/٤٠.

(٤) في ط: «لا يجوز الصلح على الإنكار».

(٥) انظر: الأم: ٤/٤٦٤، المهذب: ٣/٢٩٠.

(٦) قال ابن القصار: «الصلح على الانكار جائز، وصورته أن يدعي إنسان على إنسان شيئا=

ودليلنا هو قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، وهذا عام في الإقرار والإنكار.

❊ **قالوا**: فهذه الآية وردت في (صلح)[١] الزوجين.

⚜ **والجواب**: هو أن آخرها عام في كل صلح.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين»[٢] ولم يخص صلحا على الإقرار من صلح على الإنكار.

❊ **قالوا**: فقد روي «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»[٣]، والصلح على الإنكار بهذه المثابة، لأنه صلح يحرم حلالا ويحل ما كان حراما.

❊ **قالوا**: والذي يدل عليه؛ هو أن المدعي كانت |[١٦٣أ] له الدعوى والمطالبة بالحق، فيحرم عليه أخذ المال، لأنه ما حقق دعواه، فلما صالح حرم عليه الدعوى والمطالبة، وحل له أخذ المال.

⚜ **والجواب**: هو أن النبي ﷺ ما أراد بذلك ما ذكرتموه، لأنه لو كان كذلك لبطل الصلح على الإقرار؛ لأن المدعي قد كانت له المطالبة بجميع المال الذي أقر له به وإن لم يستوفه، فلما صالح عليه حرم عليه ما كان حلالا له، لأن كل صلح حرم حلالا فهو باطل، وكل صلح أحل حراما فهو باطل،

= فينكره، ولا تكون للمدعي بينة فيصالحه المدعى عليه على شيء يعطيه، فيجوز عندنا له أخذه ويملكه». عيون الأدلة: ٢٨/ل: ٤٨ ب.

(١) في ط: «حق».

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب الصلح، ٦/٦٣.

(٣) تقدم تخريجه.

وقد أجاز الصلح (على الإقرار)[1] ما كان حراما على المقر من منعه باقي ما أقر به، لأن الصلح لما حصل جاز له أن يمنع الباقي بعد أن لم يكن له منعه، وإذا جاز الصلح على الإقرار وفيه هذا المعنى الذي ذكرتموه، علمنا أنه عليه السلام ما أراد بذلك ما ذكرتموه، وإنما أراد بذلك الصلح على خمر أو خنزير وما لا يجوز في شريعته عليه السلام[2].

ولأن النبي ﷺ إنما يطلق اسم التحريم حكاية على تحريم سابق فيما كان منصوصا عليه في القرآن؛ فأما ما فرض فيه الاجتهاد فغير جائز أن يسميه حراما ويطلق عليه (اسم التحريم)[3]، ولأن ما ذكروه يبطل بنفس الخبر، لأن قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين» قد فهم منه جواز الصلح على مال الغير، ولو كان المراد بالتحريم أخذ مال يستبيحه بالصلح لكان قد نفى ما أثبته، وهذا غير جائز، فعلم بذلك صحة ما قلناه.

وروى أن النبي ﷺ قال: «المؤمنون على شروطهم»[4]، وهؤلاء قد شرطوا.

❊ **قالوا**: إنما أراد بذلك ما وافق الحق.

⚜ **والجواب**: هو أن هذه زيادة، ولأن هذا قد وافق الحق، ولأن النبي ﷺ قال: «ما وقي المؤمن به عرضه فهو صدقة»[5] وهذا قد وقى عرضه من التبذيل باليمين، فكان ذلك جائزا.

---

(١) سقطت من الأصل.

(٢) هذا الجواب بنصه في عيون الأدلة: ٢٨/ل ٥٠.

(٣) في ط: «ويطلق التحريم في ذلك».

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

والقياس: هو أنها دعوى مال لم يحكم ببطلانها فجاز الصلح معها أصله الإقرار.

❊ **فإن قالوا:** ولا نحكم أيضا بصحتها.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح ؛ لأن الدعاوى لا يوقف فيها على الصدق ، لأن في حال الإقرار أيضا لا يعلم هل هو صادق أم كاذب فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنه لم يثبت كذبه فيما يدعيه فجاز الصلح عليه ، أصله حال الإقرار ، وإذا قامت له به بينة.

❊ **فإن قالوا:** ولا صدقه أيضا ثبت فيما يدعيه.

⚜ ||[١٦٣ب] **والجواب:** هو أن هذا لا يصح ؛ لأن الصدق لا اعتبار به ، لأنه في باب الإقرار أيضا كذلك.

وقياس آخر: وهو أن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله الإبراء ، ولأن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله إذا صالح عليه أجنبي.

❊ **قالوا:** إنما جاز ذلك في حال الإقرار ، لأنه اعترف له بالعوض ، فجاز له أخذ العوض ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه ما اعترف له بشيء ، فإذا أخذ ذلك أخذه بباطل.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا يبطل بما إذا صالح عليه أجنبي ويبطل بحال الإقرار أيضا ، لأنه يجوز أن يكون كاذبا فيما أقر له به.

وقياس آخر: وهو أنه معنى تنقطع به الخصومة فجاز مع الإنكار ، أصله

اليمين، ولأنه إسقاط حق فجاز مع الإنكار أصله العتاق والطلاق.

واستدلال؛ وذلك أنه قد يجوز أن يكون المدعي صادقا في دعواه، فيكون الصلح واقعا عن مال لم يحكم ببطلانه، فكان ذلك مثل الصلح على الإقرار، لأن المقر أيضا قد يجوز أن يكون صادقا فيما أقر به ويجوز أن يكون كاذبا فيه، غير أننا لم نحكم ببطلان إقراره بالمال فجاز الصلح عليه.

ولأن المدعى عليه لا يخلوا أن يكون محقا في إنكاره أو مبطلا.

فإن كان مبطلا: فقد أحسن إذا لم يحلف على باطل ودفع بعض الحق.

وإن كان محقا: فقد دفع عن نفسه شر المدعي وتبذيله إياه ونَزَّه نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين، وتسبق الظنة إلى المقدم عليها، وقد فعل ذلك جماعة من السلف، وروي ذلك عن عثمان وعبد الله بن مسعود، ولأنا لو لم نجز الصلح على الإنكار لأدى ذلك إلى إبطال حقوق الناس، لأنه لا يمكنه أن يقر، لأنه يخاف إذا أقر أن يطالب بالحق كله فلذلك جوزناه.

ولأن هذا العقد سمي في التبرع صلحا، فجاز أن يكون من جهة كل واحد منهما. أصله الصلح من دم العمد.

❊ **واحتج** بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

❊ **قالوا**: وهذا أكل للمال بالباطل، لأنه يأخذ مالا بغير وجهه.

⚜ **والجواب**: هو أنه تعالى إنما أراد بذلك ما يؤخذ عن غير رضى من صاحبه، وههنا ما أخذ هذا المال إلا برضى صاحبه |[١٦٤أ] فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين

إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»[1].

❁ **والجواب**: هو أنه ﷺ إنما أراد بذلك إذا كان على خمر أو خنزير.

والثاني: هو أن قوله ﷺ «جائز بين المسلمين»، قد فهم منه جواز الصلح على مال الغير، ولا يجوز أن يكون قد قصد بذلك التحريم، لأنه يتناقض، ولأنه ينفي ما أثبته، وذلك غير جائز، ولأن هذا المعنى أيضا موجود في الصلح على الإقرار، لأنه لا يجوز أن يقر له بذلك في الظاهر والباطن بخلافه.

❁ **قالوا**: ولأنه أخذ عوضا عن مال لم يثبت ملكه عليه، فوجب أن لا يصح، أصله إذا باع ملك غيره.

❁ **والجواب**: هو أنه لا نسلم؛ لأنه ما أخذ إلا عن ما ثبت له، لأنه لما قال صالحني منه، فقد ثبت له عليه ذلك الحق، وعلى أن هذا يلزم عليه إذا صالح منه أجنبي، وينكسر أيضا بالصلح على الإقرار، لأنه يجوز ذلك وإن كنا لا نعلم أيضا صدقة بذلك. والمعنى في ذلك أنه ملك غيره، فلذلك لا يجوز له أخذه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قد اعترف له ببعض حقه فجاز له أخذه، فلم يصح ما قالوه.

❁ **قالوا**: ولأنه صالح على ما لم يثبت له فوجب أن لا يصح، أصله إذا ادعى على رجل شيئا فأنكر فجاء غيره، فقال له صالحني على الحق الذي تدعيه على فلان فأنكره.

❁ **والجواب**: هو أن هذا الصلح يجوز عندنا، لأن كل موضع جاز للمدعى عليه أن يصالح عليها جاز ذلك للأجنبي.

---

(١) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: ولأنها معاوضة لا تصح مع الجهل، فوجب أن لا تصح مع الإنكار. أصله البيع، لأنه لو ادعى عليه حقا مجهولا فأقر به ثم قال له بعني ذلك، لم يجز فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنها معاوضة وإنما هي إسقاط ومسامحة، وعلى أن المعنى في البيع أنه لا يصح منه صلح الأجنبي وليس هو كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه لم يحكم بصدقه فيما يدعيه، فوجب أن لا يجوز صلحه عليه أصله إذا حكم بكذبه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه أيضا لما لم يحكم بكذبه لا يجوز أن يكون صادقا فيما يدعيه، والذي حكم بكذبه (قد قطع في الظاهر بصدقه، وأما إذا حكم بكذبه)[1] فإنه لا يكون ذلك إقرارا منه، لأنا نعلم بذلك ظاهر حاله.

❊ **قالوا**: ولأنه |[١٦٤ب] صلح على إنكار فوجب أن لا يصح أصله إذا صالح عليه أجنبي.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، لأنه لا يصح عندنا ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه صلح على دعوى مجردة، فوجب أن لا يصح، أصله إذا صالحه عن حد قذف.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا تأثير له، لأنه لو أقر أيضا لم يجز له ذلك.

والثاني: أنا نقلب فنقول؛ فوجب أن لا يختلف فيه حكم الإقرار والإنكار

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

أصله ما ذكرتم، وعلى أن المعنى في تلك أنها حدود ولا يجوز أخذ الأعواض عليها وليس كذلك في مسلتنا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأن هذا المال لا يخلوا أن يكون مأخوذا لأجل إسقاط الدعوى أو لأجل إسقاط اليمين أو عوضا عما ادعاه المدعي، فبطل أن يكون في مقابلة سقوط الدعوى، لأنه لو كان (في مقابلة دعواه)[1] لجاز أن يكون زئدا على الحق الذي يدعيه، وبطل أن يكون عوضا عن الحق الذي ادعاه لأن ذلك إجماع.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل به إذا صالح منه أجنبي، والثاني هو أن الصلح على الإنكار له حكمان، أحدهما في حق المدعي وهو المعاوضة فيما ادعى ملكه، والحكم الآخر وهو في حكم المدعي عليه مجهول على إسقاط الخصومة واليمين على نفسه، وهذا مثل الإقالة التي أخذت شبها من العقد وشبها من الفسخ فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

والصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع، فهذا حكمه حكم البيع، يدخله من الجواز والمنع ما يدخل البيع. ومنه اسقاط وإبراء.

فأما (الأول)[2]: فهو أن يدعي على غيره شيئا ثم يبيعه منه، فلا يجوز ذلك إلا في معلوم، ولا يجوز أن يفسخ ذلك في دين إذا كان المدعى دينا، ولا في طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى في جنس باثنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول، ولا غرر، ولا على (ضع وتعجل)[3] قبل حلول الأجل، وجملته أن يمتنع فيه جميع ما يمتنع في البيع.

---

(١) في ط: «في مقابلته».
(٢) في ط: «فأما القسم الأول».
(٣) في ط: «ولا على وضع وتعجيل».

وأما الضرب الثاني: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه، مثال ذلك أن يكون له على رجل مال حال فيصالحه منه على بعضه وإسقاط باقيه، فإن كان مؤجلا فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه، (ويجوز)[1] أن يصالحه من ذهب على ورق يأخذها منه في الحال نقدا، وعلى ذهب من ورق، وإذا كان ذلك كله حالا، |[١٦٥أ] وأن ينقد ما يصالح عليه، والوضيعة في الصلح لازمة لا يجوز الرجوع بها؛ لأن ذمة الغريم قد برئت من ذلك[2]، والله أعلم.



(١) في الأصل: «ولا يجوز»، والمثبت هو الصواب، كذا في المعونة: ١١٩٣/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢٠٥/٤، النوادر ١٦٧/٧ وما بعدها، التفريع: ٢٨٩/٢، ٢٩٠، الكافي: ٤٥١، ٤٥٣.

كتاب إحياء الموات

مسألة:

ومن أحيا أرضا ميتة غَير مملوكة لمسلم ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياء لمثلها، من بناء أو حفر بئر وجصِّها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهي له، إذا كانت في فيافي الأرض وفَلَوَاتِهَا بعيدة من العمران والمواضع (التي لا يتشاح)[1] الناس فيها، ولا يفتقر ذلك عندنا إلى إذن الإمام[2].

وبه قال الشافعي[3].

وقال أبو حنيفة: لا بد من إذن الإمام[4].

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: من «أحيا أرضا ميتة فهي له»[5]،

(١) في ط: «الذي يتشاح الناس».

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٨٧، ٢٨٨ ـ المدونة: ٤/٤٧٣، النوادر: ١٠/٥٠٠، التفريع: ٢/٢٩٠.

(٣) انظر: الأم: ٥/٧٧ ـ المهذب: ٣/٦١٢ ـ الحاوي الكبير: ٧/٤٧٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٣٤ ـ المبسوط: ٢٣/١٦٧ ـ بدائع الصنائع: ٦/١٩٤.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ، القضاء في عمارة الموات، ر: ٢١٦٦، ٢/٢٨٧، وأبو داود في الخراج، باب إحياء الموات، ر: ٣٠٧٣، ص٣٤٧، وأحمد في المسند، ر: ١٤٢٧١، ٢٢/١٧٠، وقال في البدر المنير: «هذا الحديث ذكره البخاري في «صحيحه» تعليقا فقال: «وقال عمر: من أحيا أرضا ميتة فهي له» ويروى عن عمرو بن عوف، عن النبي ـ ﷺ، وقال: «في غير حق مسلم» وقال: «ليس لعرق ظالم (فيه) حق». وهذا الحديث رواه أبو داود في «سننه» بإسناد صحيح رجاله رجال الصحيح من حديث هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد ـ أحد العشرة ﵃ ـ عن النبي ـ ﷺ ـ «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». =

و«من» من ألفاظ العموم، فوجب أن يحمل على عمومه وشموله.

❊ **قالوا:** إنما أراد عليه السلام بذلك في وقته وزمانه لمن حضره من المسلمين، وهذا كما قال ﷺ يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»[1]، وإنما أراد بذلك في ذلك الوقت لا في غيره من الأوقات والأزمان.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح لأن «مَنْ» مِنْ ألفاظ العموم، وقد بينا ذلك فيما قبل وأنها للحاضرين والغائبين ومن يأت إلى يوم القيامة.

والدليل على ذلك قوله ﷺ: «من بَدَّلَ دينه فاقتلوه»[2] وهذا عام في جميع الأوقات والأزمان.

وكذلك قوله ﷺ: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع»[3].

وكذلك قوله عليه السلام: «من باع نخلا قد أبرت»[4].

= وهذا الحديث رواه أبو داود في «سننه» بإسناد صحيح ورواه لنسائي أيضا كذلك، وكذا الترمذي ثم قال: هذا حديث حسن غريب. ونقل الشيخ تقي الدين في آخر «الاقتراح» أنه صححه أيضا، ولم أره، قال: وهو على شرط الشيخين قد احتجا بجميع رواته. قال الترمذي: ورواه بعضهم، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي - ﷺ - مرسلا.
قلت: وكذا أخرجه مالك والشافعي وكذا النسائي أيضا. قال الدارقطني في «علله»: وهو أصح. انظر: البدر المنير: ٧٦٦/٦.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة، ر: ١٧٨٠، ص ١٧٨٠.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، ر: ٦٩٢٢، ٢٧٩/٤.

(٣) أخرجه أبو داود في أبواب الإجارة، باب في العبد يباع وله مال، ر: ٣٤٣٣، ص ٣٨٣، وابن ماجه في التجارات، باب ما جاء في من باع نخلا مؤبرا، ر: ٢٢١٠، ٧٤٥/٢، ومالك في الموطأ عن عمر موقوفا، ما جاء في مال المملوك، ر: ١٧٨٨، ١٣١/٢، وقال في البدر المنير: حديث صحيح. ٥٩١/٦.

(٤) أخرجه البخاري في الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت، ر: ٢٧١٦، ٢٧٤/٢، ومسلم في البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر، ر: ١٥٤٣، وتمام الحديث الذي استدل عليه القاضي=

وأما قصة أبي سفيان فإنها وردت على سبب، فهي مقصورة على ذلك السبب، وذلك أن العباس بن عبد المطلب قال للنبي ﷺ: «إن أبا سفيان يحب الصِّيتَ فاجعل له شيئا يعرف به»، فقال ﷺ: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، فقال: وما تغني داري، فقال عليه السلام: «ومن تعلَّقَ بأستار الكعبة فهو آمن»، قال: وما يغني ذلك، فقال عليه السلام: «ومن ألق السلاح ومن أغلق بابه فهو آمن»[1]، فدل على أن أبا سفيان كان مخصوصا بذلك.

وروى الحسن عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال: «من أحاط حائطا على أرض فهي له»[2] وهذا عام.

ورُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «من سبق إلى إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له»[3].

||[١٦٥ب] والقياس: هو أنها عين مباحة (فلم يفتقر تملكها إلى إذن الإمام أصله الاصطياد والاحتشاش، قالوا: لا نسلم أنها مباحة)[4]، لأنها لجماعة المسلمين.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح، لأنها لو كانت لجماعة المسلمين لم

= رحمه الله، قوله ﷺ عن عبد الله بن عمر: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات، ر: ٣٠٧٧، ص ٣٤٨، وأحمد في المسند، ر: ٢٠١٣٠، ٣٣/٣١٣، والبيهقي في الكبرى، باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه، ٦/١٤٨، وانظر: البدر المنير: ٧/٥٤.

(٣) أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات، ر: ٣٠٧١، ص ٣٤٨، وأخرجه الطبراني في الكبير، ر: ٨١٤، ٢/٢٨٠. وقال في التلخيص: قال البغوي: لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث، وصححه الضياء في المختارة. انظر: التلخيص: ٣/١٣٩.

(٤) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

يجز لأحدهم أن يتفرد بأخذ شيء منها، ولو أراد أحدهم أن ينقل أحمالا من ترابها كان ذلك له، فدل على أنها ليست لهم.

❊ **قالوا:** المعنى في الاحتطاب والاحتشاش أن ذلك يشترك فيه المسلم والذمي، فلذلك لم يفتقر ذلك إلى إذن الإمام وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **والجواب:** هو أن افتقارهما من هذا الوجه لا يمنع من حيث جمعنا بينهما، ألا ترى أن المسلم يجوز له أن يتزوج بالذمية، وإن كان الذمي لا يجوز له أن يتزوج بالمسلمة وإن كانا يتفقان في المباحات فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: ولأن ما يفتقر تمليك أجزائه إلى إذن الإمام لا يفتقر حمل جميعه إلى إذن الإمام، أصله (الاحتطاب والاحتشاش، وقياس آخر، وهو أنه سبب من أسباب التملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام، أصله)[1] البيع والشراء أو جميع وجوه التملك، ولأنه جاز ما لم تجزه يد فعدم الإذن لا يمنع منه، أصله الصيد.

ولا يلزم على جميع هذه الوجوه والعلل ما قرب من العمران؛ لأنا نجيز ذلك في هذه المواضع، وفي ذلك نجيزه بإذن الإمام، لأن ذلك مما يتشاح الناس فيه.

ولأنه مسلم أحيا أرضا ميتة في دار الإسلام فكان ذلك جائزا، أصله إذا أذن الإمام.

❊ **قالوا:** فلا يمتنع أن يجوز ذلك بإذن الإمام وبعدم إذنه لا يجوز، كمَالِ بيت المسلمين إذا أذن الإمام فيه جاز ذلك وإن لم يأذن فيه لم يجز.

والجواب: هو أنا نقول بذلك فيما قرب من العمران، فإنه لا يملك إلا

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

بإذن الإمام، وأما بيت مال المسلمين فإن ذلك لا يُفتَقَر إلى الإذن، وإنما ذلك إعطاء وليس بإذن، لأن ذلك لجماعة المسلمين.

واحتج بما روى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، والجواب: هو أن رسول الله ﷺ[1] قد طابت نفسه بذلك، لأنه قال عليه السلام: «عادت الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»[2].

ولأن خبركم عام في الموات والغنائم والصدقات وغير ذلك، وخبرنا خاص في الموات، والخاص يقضي على العام.

ولأنا نقول به فيما قرب من العمران، لأنه عندنا لا بد في ذلك من إذن الإمام، فقد حملناه على فائدة مجردة، واستعمال الخبرين أولى من استعمال أحدهما وترك الآخر.

❊ **قالوا**: ولأنه أحيا بغير إذن الإمام فوجب أن لا يجوز أصله فيما قرب من العمران.

❊ **والجواب**: هو أن المعنى فيما قرب من العمران إنما لم يجز تملكه إلا بإذن |[١٦٦أ] الإمام، لأنه في حكم فنائه والانتفاع به مشترك بين جميع أهل البلد من الاحتطاب منه والاصطياد والزرع وغير ذلك من وجوه الارتفاق، فلو أجزنا لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد، فلم يكن في ذلك بد من نظر الإمام ليكون ذلك كالحكم يتملكه من يحييه، وليس كذلك فيما بعد من العمران، لأنه لا مضرة في ذلك على أحد، فلم يفتقر ذلك إلى إذن الإمام فافترقا من هذا

---

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٢) في الحديث قوله ﷺ: عادي الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحيا شيئا من موتان الأرض فله رقبتها» أخرجه يحي بن آدم في كتاب الخراج، ر: ٢٧٠، ص ٨٢، أخرجه البيهقي في الكبرى، باب لا يترك ذمي يحييه... ٦/١٤٣.

الوجه الذي بيناه.

❊ **قالوا**: ولأنه إحياء بغير إذن الإمام فوجب أن لا يجوز، أصله الكافر لا يجوز له ذلك، فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه فيما قرب من العمران، والمعنى في الأصل أن الكافر ليس من أهل الدار فلذلك لم يملك ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مسلم من أهل الدار.

❊ **قالوا**: ولأنه مال مظهور عليه بالقهر والغلبة فلم يملك إلا بإذن الإمام أصله الغنيمة.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: أن قولكم «إنه مالٌ» لا يصح لأن الإحياء ليس بمالٍ، لأن المال هو ما يُتَمَوَّل ويتصرف فيه وينتقل من يد إلى يد، والموات مباح وليس بمال، وإنما يكون مالا إذا ملك، وكلامنا في ابتداء تملكه.

وقولهم: «مظهور عليه بالقهر والغلبة» غير مسلم في الموات؛ لأنه لا يظهر عليه بالقهر والغلبة.

وأما الغنيمة فإنها للغانمين ولا يفتقر في ذلك إلى إذن الإمام، وإنما الإمام يقسم بينهم فلا يملكون ذلك بإذن الإمام، وإنما يُرَاد الإمام في ذلك لِيَتَعَيَّن نصيب كل واحد منهم على قدر ما جعل له، فللفارس سهمان وللراجل سهم، وليس كذلك الإحياء؛ لأن لكل إنسان أن يُحْيِي ما شاء من قليل أو كثير فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن إذن الإمام قائم مقام الحجر، ألا ترى أنه لو حجر على

أرض فلم يعمرها فإن للإمام أن يجبره على عمارتها أو يرفع يده عنها، فدل على أن له مدخلا في ذلك.

✾ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عندنا إن شاء عمر وإن شاء تركها وأخذها غيرُه فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أنه إذا أحيا أرضا ثم خربت ودثرت ثم عادت إلى ما كانت عليه فجاء غيره فأحياها بعد ذلك فهي له دون الأول(١).

وبه قال أبو حنيفة(٢).

وقال الشافعي: لا يجوز له |[١٦٦ب] أن يملكها الثاني بالأحياء بحال(٣).

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «العباد عباد الله والأرض أرض الله، فمن أحيا أرضا ميتة فهي له»(٤).

وروي: «فهو أحق بها»(٥). ولم يفرق رسول الله ﷺ بين أحد من أحد.

✾ **قالوا**: فهذا الخبر دليل لنا، لأن الأول أحياها فيجب أن تكون له ولا تكون لغيره بغير إذنه.

✾ **والجواب**: هو أن الاعتبار بمن تقدم إذا لم تكن ملكا تشترى أو اختطت

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٧٣ ـ النوادر: ١٠/٥٠٨، التفريع: ٢/٢٩.

(٢) انظر: المبسوط: ٢٣/١٦٨.

(٣) انظر: الأم: ٥/٧٧ ـ المهذب: ٣/٦١٢، الحاوي الكبير: ٧/٤٧٧.

(٤) أخرجه الدار قطني في كتاب الأقضية، باب إحياء الموات، ر: ٤٥٠٦، ٥/٣٨٧، والبيهقي في الكبرى، باب من أحيا أرضا ميتة ليت لأحد، ٦/١٤٢.

(٥) تقدم تخريجه.

من إمام، لأن هذا لو اعتبر لم يتوصل إلى إحياء أرض بحال، لأنه معلوم أن في سالف الدهر عاد وثمود قد كانت الأراضي لقوم فكل من أحيا أرضا معلوم أنها قد كانت في سالف الدهر ملكا لغيره، ولأن الأول لما أحياها ملكها فلما تركها ودثرت وخربت قد صارت ميتة، فإذا جاء الثاني وأحياها وعمرها كان أحق بها لأنه أحيا أرضا ميتة، وقد قال النبي ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهي له»[1]. فظاهر الخبر يدل على أنها بهذا المعنى للمحيي لا للأول.

والقياس: هو أنها أرض مباحة لغير مالك معين فجاز تملكها بالأحياء أصله إذا لم يتقدم عليها الإحياء.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه ما جرى عليها ملك مسلم وليس كذلك في مسألتنا لأنها ملك مسلم.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا اعتبار بما تقدم؛ لأن ذلك لو كان معتبرا ما جاز أن تملك بالأحياء بوجه، لأنا نعلم أنه ما من موضع من الأرض إلا وقد كانت أملاكا لقوم تقدموا. فلو اعتبرنا ما ذكرتموه لبطل الأحياء فلم يصح ما قالوه.

ولأن ما كان أصله الإباحة إذا عاد إلى ما كان عليه من الإباحة فهو لمن تملكه، أصله الصيد إذا عاد إلى التوحش، وكذلك الماء والسهل إذا عاد إلى الأصل فإنه لمن أخذه، ولا يقال إن ذلك للأول، فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»[2] وهذا قد سبقه إليها غيره وملكها فلا يجوز أن يتملكها غيره بالأحياء.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الخبر حجة عليكم، لأن هذا المسلم الثاني قد

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

سبق وأحيا ما قد خرب ودثر فكانت له.

ولأن هذا الخبر عام، وقوله ﷺ: «العباد عباد الله والأرض أرض الله»(١) أولى منه.

❊ **قالوا:** ولأنها أرض جرى عليها ملك من له حرمة، فلم يجز تملكها بالأحياء أصله إذا علم أن لها ملكا.

⚜ |[١٦٧أ] **والجواب:** هو أنه لا فرق عندنا بين أن يعلم عينه أو لا يعلم إذا تركها حتى خربت وطال زمانها فإنها لمن أحياها.

❊ **قالوا:** ولأن كل ما ملك على وجه مباح بعمل لم يجز أن ينشأ الملك فيه بمثل ما ملك به. أصله الصيد، لأنه لو صار صيدا فعلمه بعلامة ثم تلف منه، فإنه لا يجوز لغيره أن يتملكه بمثل ما ملكه الأول فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أنه يجوز عندنا ويكون الثاني دون الأول، لأنه قد عاد إلى أصل ما كان عليه من الإباحة، فهو كالماء إذا استقاه مالكه ثم عاد إلى النهر كان لمن شرب شربه واحدة كذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** ولأن هذه الأراضي لا تخلوا إما أن تكون لمسلم أو ذمي، فإن كانت لمسلم فهي لورثته، وإن لم تكن لورثته فهي لبيت مال المسلمين، وكذلك إن كانت لذمي.

⚜ **والجواب:** هو أنكم أخللتم بقسم ثالث، وهو أنها لهذا الذي أحياها ثانية، لأنها إنما كانت ملكا له ما دام محييا لها، فإذا تركها وخربت وجاء هذا المسلم الثاني فأحياها كانت له، لأنه أحيا أرضا ميتة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

❁ **مسألة:**

عندنا لا يجوز للذمي أن يملك بالإحياء في دار الإسلام[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز له إذا أذن الإمام[3].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «موتان لله ولرسوله ثم هي الأرض لكم مني»[4].

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام خص جميع موتان، فجعله للمسلمين فلم يبق للكافر فيه شيء.

والثاني: من دليل الخطاب.

والثالث: أنه عليه السلام أخرج ذلك مخرج الامتنان على أمته ولايجوز أن يمتن بذلك على الكفار، وقد روي أنه عليه السلام قال: «وهي لكم مني، أيها المسلمون».

ولأن النبي ﷺ قال: «اضطروهم إلى أضيق الطرق»[5]، فأمر بضيق الطرق عليهم، ومن قال أنهم يملكون بالأحياء فقد خالف الرسول عليه السلام لأنه يوسع عليهم.

والقياس: هو أنه أحيا من كافر في دار الإسلام، فوجب أن لا يصح. أصله إذا لم يأذن له الإمام في ذلك.

---

(١) في المجموعة عن ابن القاسم: أن الأرض له. انظر: النوادر: ١٠/٥٠٤ ـ المنتقى: ٧/٣٨٣.

(٢) انظر: المهذب: ٣/٦١٤ ـ الحاوي الكبير: ٧/٤٧٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٩٥.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم، ر: ٢١٦٧، ص ٨٩٤.

❊ **قالوا**: فرقا بين أن يأذن له الإمام (وبين أن لا يأذن)[1]، كما قلتم أنتم فيما قرب من العمران، يجوز بإذن الإمام، وما بعد يجوز وإن لم يأذن فيه الإمام.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأننا نحن وإن فرقنا بين ذلك، إلا أنه لا يجوز ذلك إلا لمسلم والخلاف |[١٦٧ب] وقع في أهل الذمة، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أن من لا يقر في دار الإسلام إلا بعوض لم يملك بالإحياء أصله المعاهد، ولأنه منقوص بالكفر فلا يملك بالإحياء، أصله الحربي. ولأنه كافر فلا يملك بالأحياء أصله المستأمن. ولأن الأحياء سبب من أسباب التملك، فلا يساوي الذمي فيه المسلم كالإبضاع، ولأنها جهة من جهات التملك فلا يملكها الذمي أصله الصدقات.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا مينة فهي له»[2].

❊ **والجواب**: هو أنه عام وخبرنا خاص، لأنه قال في خبرنا وهي لكم مني أيها المسلمون، فوجب أن يقضى به على العام.

❊ **قالوا**: ولأنه من أهل دار الإسلام، فملك بالأحياء أصله المسلم.

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه من دار الإسلام، كيف يجوز أن يكون من أهل دار الإسلام ونحن لا نقره إلا ببذل الجزية وإلا لحق بداره، وعلى أن المعنى في المسلم أنه من أهل دار الإسلام وأنه كامل الحرية بالإبضاع ويملك الصدقات فلذلك ملك بالأحياء، وليس كذلك الذمي، لأنه لا يملك ذلك فلا يملك بالإحياء.

---

(١) سقطت من الأصل.

(٢) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: ولأنها عقوبة مستباحة فاستوى فيه الذمي والمسلم أصله الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالمستأمن، فإنه يساوي المسلم في الاصطياد والاحتطاب ولا يملك بالإحياء، وكذلك يلزم عليه الزكاة والإبضاع، والمعنى في الاصطياد والاحتشاش؛ هو أن تلك الأشياء لا يضيق فيها على المسلم، لأنها تخلف بالقطع والتولد فلذلك ملك ذلك الذمي وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا فيه تضييق على المسلمين، فوجب أن يمنعوا من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن كل من ملك المحيا ملك بالإحياء أصله المسلم.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه المستأمن، فإنه يملك المحيا ولا يملك بالإحياء، ويلزم عليه إذا ملك مسلمة فإنه يجوز عندكم ذلك، وهو أن يملكها بالشراء وإن كان لا يملك ذلك بالنكاح. والمعنى في المسلم أنه كامل الحرية لأنه يملك الإبضاع ويملك التصرف في أخذ الزكاة، وليس كذلك الذمي فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن حريم البئر[1] لاحد فيه (إلا الاجتهاد)[2] |[١٦٨أ] وما يعلم أنه يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة، فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم أن فيه ضررا منع منه[3]،

---

(١) قال ابن شاش: «وأما البئر فليس لها حريم محدود، لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها، وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرابض مواشيها عند الورد، ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبني بئرا في ذلك الحريم». عقد الجواهر: ١٣/٣.

(٢) ساقط من الأصل.

(٣) انظر: المدونة: ٤٦٨/٤ ـ النوادر: ٢٢/١١ ـ التفريع: ٢٩١/٢.

(وذلك في الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية)[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: حريم البئر أربعون ذراعا[2].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ أقطع عبد الله بن مسعود بئرا دون الأنصار فجاء حي من بني عذرة إلى رسول الله ﷺ فقالوا: نكب عنا ابن أم عبد، فقال ﷺ: «فلم ابتعثني الله إذن؟. إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ لضعيفها من قويها حقه»[3]. فدل على ما ذكرناه.

ولأنه لا ضرر عليه في ذلك فكان لغيره فعله.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «حريم البئر أربعون ذراعا»[4].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الحديث لا يصح؛ فنحمله على أنه أراد بذلك عليه السلام إذا كانت الأرض رخوة، فإنه لا يجوز لجاره حفر بئر إلى جانبها لئلا تتهور، فإذا بعد ذلك جاز.

فَصْلٌ

وأما إذا أراد الرجل أن يحفر بئرا في ملكه بقرب بئر لجاره ويخاف من

---

(١) ما بين قوسين سقط من الأصل.

(٢) انظر: المبسوط: ٢٣/١٦١، ١٦٢ ـ بدائع الصنائع: ٦/١٩١.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: ٧٢٠٨، ٧/١٧٨، والشافعي في المسند، كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين، ر: ١٧٥٤، ص: ٣٨١، والبيهقي في الكبرى، باب سواء كل موات لا مالك له: ٦/١٤٥، والحديث ذكر ابن الملقن أنه مرسل. البدر المنير: ٧/٦٦. وقال في التلخيص: إسناده قوي. ٣/١٤٠.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، ر: ١٠٤١١، ١٦، ٢٥٩، وابن أبي شيبة في حريم الآبار كم يكون ذراعا، ر: ٢١٧٧١، ٦/٣٧٤، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في حريم الآبار، ٦/١٥٥. والحديث تعددت طرقه وألفاظه، واختلف في تصحيحه. انظر البيهقي في سننه، ٦/١٥٥، ونصب الراية، ٤/٢٩١.

ذلك الإضرار بها فإن كان له ممدوحة عنه وسعه، فليس له ذلك، وإنما قلنا ذلك، لأن قصده حينئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك.

وأما إن لم تكن له مندوحة عنه ولا بد من ذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه أنه لا يجوز له ذلك.

وروي عنه جواز المنع من ذلك[١].

فوجه المنع من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[٢]. ولأن الضررين إذا تقابلا كان الأول أولى بالمراعاة لفضل السبق الذي له.

ووجه الجواز: هو أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف ولا يجب أن يمنع من ذلك لحق الغير، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فلم يمنع من ذلك.

فَصْلٌ

والآبار المحتفرة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها[٣]

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»[٤].

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٧٨ ـ النوادر: ١١/٢٤ ـ التفريع: ٢/٢٩١.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٤٦٩ ـ النوادر: ١١/١٩.

(٤) أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ر: ٢٤٧٢، ٢/٨٢٦، والحديث صحيح بلفظه. انظر التلخيص: ٣/١٤٣.

فأما إن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع، فليس له منع فضل مائها، |[١٦٨ب] بل يكون هو أولى ما يحتاج إليه، فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقي للمسلمين ولم يكن له منع الفضل(١).

ومن الناس من قال: إن له منع ذلك(٢).

وإنما قلنا إنه لا يمنع فضل ذلك، لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء منع الله يوم القيامة من فضل رحمته»(٣).

ولأن الآبار التي تحفر في (البراري)(٤) إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره، ولا تحفر للتملك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحيي في المواضع التي يتشاح فيها الناس بغير إذن الإمام، لما روي أنه عليه السلام قال: «لا (حمى)(٥) إلا لله ورسوله»(٦).

فإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعا من الرعي، لأن أحدا يرعى إلا على ماء. فإذا ثبت ما قلناه من ذلك، فليس له أخذ العوض، وإنما قلنا ذلك؛ لأن حفرها كان على وجه السبيل، لأن الموضع ليس ملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فيكون ملكا له، فإذا ثبت ما ذكرناه؛ فإنما يلزمه بدل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه، لأنه إنما حفرها ليختص هو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٦٩ ـ النوادر: ١١/١٩.
(٢) يقصد بعض الشافعية ومنهم أبو عبيد بن حرب. انظر: المهذب: ٣/٦٢٧.
(٣) أخرجه أحمد في المسند، ر: ٦٧٢٢، ١١/٣٣١، بلفظ: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضله يوم القيامة». والحديث صحيح في معناه. انظر: البدر المنير: ٧/٩٠.
(٤) في ط: «البوادي».
(٥) في الأصل: «لا إحياء».
(٦) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، ر: ٢٣٧٠، ٢/١١٧.

بمنفعتها وقدر ما يحتاج إليه منها، ولأن النبي ﷺ «نهى عن منع فضل الماء»[1]. وذلك عبارة عما زاد على قدر كفايته.

فَصْلٌ

وأما إن حفر بئرا على وجه التملك والإحياء ليبني أو يغرس في ذلك الموضع، فله منع فضل الماء. وإنما قلنا ذلك؛ لأن المكان يملك بالإحياء، وكذلك إذا حفر في أرضه أو داره بئرا، فإن البئر ملكه لأنه أحدثها في ملكه، وكذلك إن ابتاع الدار والأرض وفيها البئر، فإن البئر مع الأرض ملك له، والبئر التي فيها ملكه وله منع الماء إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن ينهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف، فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليحيي به زرعه ويجبر على ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه إحياء زرع جاره وإعانته، ولكن من حيث لا ضرر عليه ببذله، كما لزمه بذله له لشربه إذا اضطر إليه، ويقول لصاحب الزرع خذ أنت في إصلاح بئرك، وهذا كله إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره أو انقطع ماؤها. فأما إذا كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالا |[١٦٩أ] على ماء جاره فإن لجاره أن يمنعه، لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وههنا لا ضرورة، لأن الزارع هو الذي أتلف زرعه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع[2].

وإنما قلنا ذلك، إن على جاره أن يمكنه من فضل مائه، فإن ذلك يلزم جاره ويتشاغل هو بإصلاح بئره. فأما أن يترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالا على

---

(١) أخرجه البخاري في المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، ر: ٢٣٥٣، ١٦٣/٢، ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء، ر: ١٥٦٦، ص ٦٤٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤٦٩/٤، ٤٧٠ ـ النوادر: ١٠/١١ وما بعدها ـ المقدمات: ٢٩٨/٢.

ماء جاره لم يلزم جاره بذل مائه له، لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف فيه أصحابنا (إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه)[1] هل تكون له المطالبة بعوض أم لا[2]؟.

فإن قلنا ليس له ذلك: فوجه ذلك، هو أن ذلك حق على الجار على سبيل الإغاثة مع كون أصله مباحا، كما لو احتاج إليه ليشتريه.

وإذا قلنا إن له منعه، فلأن وجوب البذل لا يتضمن الإتلاف اعتبارا بالطعام.

مسألة:

عندنا أن للإمام أن يحظر المراعي إذا احتاج إلى ذلك لإبل الصدقة، وله أن يمنع من ذلك كل أحد[3].

وبه قال أبو حنيفة[4].

واختلف قول الشافعي، **فقال في القديم** مثل قولنا. **وقال في الجديد**: ليس له ذلك[5].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ما أطعم الله نبيا طعمة إلا وأطعمها لمن بعده»[6] وهذا يدل على أن له ذلك عليه السلام ولمن بعده من الأئمة إلى يوم القيامة.

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: النوادر: ١١/١١.

(٣) انظر: النوادر: ١٠/٤٩٣، ٤٩٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٩٤

(٥) انظر: الأم: ٧/٩٤ ـ المهذب: ٣/٦٢٥

(٦) أخرجه أبو داود في الخراج، باب في بيان مواضع قسم الخمس، ر: ٢٩٧٣، ص٣٣٧، وأحمد في المسند، ر: ١٤، ١/١٩٢، والبيهقي في الكبرى، باب بيان مصرف خمس الخمس، ٦/٣٠٣.

وروي أن عمر بن الخطاب ﷺ «حمى واديا يقال له: النقيع، وولى عليه غلاما يقال له هُنَي، فقال له يا هُنَيُّ: اضمم جناحك للمسلمين وإياك ودعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصُّرَيْمَة والغُنَيْمة، وإياك ونعم بن عفان وابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى حرث وزرع، وإن رب الصُّريمة والغُنيمة يأتياني فيقولان: يا أمير المؤمنين أفتراني تارك لهما؟ لا أبا لك، لا الكلأ أهون علي من الدنانير والدراهم»[(١)]. وهذا قاله بمحضر من الصحابة فدل على أن للإمام أن يحمي.

❊ **قالوا**: فلعله إنما كان يحمي ما كان يحميه رسول الله ﷺ، وذلك عندنا جائز.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عمر ﷺ ابتدأ ذلك، ألا تراه قال: «حمى واديا يقال له النقيع» ولو أراد ما ذكرتموه لقال: «حمى ما كان رسول الله ﷺ»، ولأنه إمام فجاز له أن يحمي، أصله الرسول ﷺ.

❊ **قالوا**: فالرسول ﷺ له أن يحمي لنفسه (وليس ذلك)[(٢)] لغيره.

⚜ **والجواب**: هو أن للإمام |[١٦٩ب] أيضا أن يفعل ما فيه مصلحة للمسلمين، وفي ذلك مصلحة لهم، فكان لهم ذلك.

❊ **قالوا**: فالنبي ﷺ يملك الإقطاع وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن للإمام أن يقطع أيضا لما يراه من المصلحة فلا فرق بينهما.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[(٣)].

---

(١) أخرجه البخاري في باب قول النبي ﷺ لليهود. أسلموا تسلموا، ر: ٣٠٩٥، ٢/٣٧٥.

(٢) في ط: «فملك ذلك».

(٣) تقدم تخريجه.

﴿ **والجواب**: هو أنه قد روي أنه قال عليه السلام: «وللأئمة من بعده»[1].

وجواب آخر: وهو أنه يحتمل أنه عليه السلام إنما قصد بذلك الحمى (الذي كانت تفعله الجاهلية، لأن الرجل منهم كان يحمي لنفسه إذا كان ملكا كبيرا ما بلغ حد صوت الكلب)[2] فكان أحد لا يدخل فيما دون ذلك، فقصد عليه السلام ذلك، وأما إذا حمي الإمام لمصلحة المسلمين ولا نفع له هو في نفسه في ذلك فإن ذلك جائز.

❊ **قالوا**: ولأن من لا يجوز له أن يحمي لنفسه لا يجوز له أن يحمي لغيره أصله آحاد الرعية.

﴿ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك؛ أن أنه لا ينظر إلى المسلمين في مصالحهم، فلذلك لا يملك ذلك، وليس كذلك الإمام؛ لأنه ناظر للمسلمين في مصالحهم والقيام بشأنهم، فإن كان في ذلك المصلحة فإن له فعل ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه لا يملك الإقطاع فلا يملك الإحياء أصله آحاد الرعية.

﴿ **والجواب** عنه ما تقدم فأغنى عن الإعادة والله أعلم بذلك.

مسألة:

وما نبت من الحشيش في ملك الإنسان فهو له وليس لغيره أن يقطعه إلا بإذنه[3].

وبه قال الشافعي[4].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٣) انظر: النوادر: ١١/١٩، ٢٠ ـ التفريع: ٢/٢٩١.

(٤) انظر: الأم: ٥/٧٩ المهذب: ٣/٦١٦.

وقال أبو حنيفة: هو لمن قطعه[1].

ودليلنا: هو أنه ثابت على ملكه، فلا يجوز لغيره تملكه بغير إذنه أصله الشجر، أو لأنه نما في ملكه فكان ملكها له، أصله صوف غنمه ولبنها.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار»[2].

⚜ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك الذي في البراري والصحاري، لا الذي في ملك الإنسان.

❊ **قالوا**: ولأن ماء العيون لا يملك وكذلك الحشيش مثله.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها إن كانت العين في ملكه فماؤها له، وأما إن كانت في غير ملكه فذلك مثل الحشيش النابت في غير ملكه، وهو لجماعة الناس فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

يستحب لمن سأله جاره أن يغرز خشبة في جداره أن يجيبه إلى ذلك |[١٧١أ] ولا يمنعه، فإن أبى ذلك لم يجبر على ذلك[3].

وقال أحمد بن حنبل: يجبر على ذلك[4].

وقد حكي ذلك عن الشافعي[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٩٤، ١٩٥.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٢٩٠ ـ النوادر: ١١/٩٣ ـ التفريع: ٢/٢٩٢.

(٤) انظر: المغني: ٧/٣٥.

(٥) انظر: المهذب: ٣/٢٩٤، ٢٩٥ ـ الحاوي الكبير: ٦/٣٩١.

ودليلنا أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[١] وهذا ما طابت به نفسه فلا يجبر عليه، (ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه بابا أو كوة)[٢].

وروي أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»[٣].

والقياس: هو أنه نوع من الانتفاع فلا يجبر عليه أصله البيع. ولأن وضع الخشب على الحائط مما يهده ويذهبه ويضعفه ويؤثر فيه، فلا يملك ذلك على صاحبه إلا بإذنه. أصله إذا أراد أن يبني عليه، فإنه لا يملك ذلك فكذلك في مسألتنا.

ولأنه مال له فلا يجوز الانتفاع به من غير إذنه أصله ثوبه ودابته وسائر أملاكه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبته على جداره» ثم قال أبو هريرة: «مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمينها بين أكتافكم»[٤].

❊ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك على وجه الاستحباب والندب، لأن ذلك من مكارم الأخلاق ومعالي الأمور ورفقا بالجار ومعونة له، لأنه عليه السلام وصى بالجار، لا أنه يجبر على ذلك إذا أباه، ويحتمل أنه أراد جدار نفسه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٣) أخرجه الدارقطني في البيوع، ر: ٢٨٨٨، ٣/٤٢٥، والحديث فيه ضعف، كما قال الحافظ في التلخيص. ٣/١٠١، ١٠٢.

(٤) أخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، ر: ٢٤٦٣، ٢/١٩٥، ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، ر: ١٦٠٩، ص٦٥٦.

❊ **قالوا:** ولأنه فضل على ملكه من غير حاجة إليه، فجاز للجار فعله. أصله فضل مائه عن بئره إذا خشي جاره على زرعه من الهلاك، فإن عليه أن يحيي زرعه بفضل مائه، فكذلك فضل حائطه لا يجوز له أن يمنعه عنه.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا ضرر عليه في الماء، لأنه يخلف في الحال، فلذلك قلنا ذلك، وليس كذلك الجذوع، لأن في ذلك ضررا عليه وإنهاء حائطه فلا يجبر عليه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وأما إن أذن له في ذلك ثم طنالبه بقلعه، فإن كان ذلك لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لا بد له منه فله ذلك، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر بنفسه، كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو يحتاج إليه. وأما إن لم يكن به ضرورة إليه، وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته، لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء؛ لأنه إذا لم يأذن له في ذلك حال الابتداء فلم يتعلق عليه حق، وأما إن أذن له فقد تضمن تبقية ما أذن |[١٧٠ب] فيه على الوجه الذي يؤذن إلى مثله[١] (في العادة، فليس له الرجوع فيه)[٢].

مسألة:

عندنا إذا أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة له ليضيء منزله، فله ذلك، لأن به حاجة إلى ذلك، وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه، ولا يضر به، (فإما إن كان ليشرف منها على جاره فيمنع منه، لأن في ذلك إضرارا بالجار، وفتح المجاورة، وليس ذلك له، ولأن الحائط وإن كان في ملكه فليس

---

(١) انظر: النوادر: ١١/٩٤ ـ التفريع: ٢/٢٩٢.

(٢) ما بين قوسين سقط من الأصل.

له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة به إليه)[1] وكذلك إذا أراد أن يخرج حائطا فله ذلك، ما لم يكن في ذلك ضرر على جاره[2].

وبه قال الشافعي: رحمه الله[3].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن أخرج جناحا فاعترض عليه رجل من المسلمين في نقضه كان له ذلك.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[4] وفي بعض هذا ضرر على صاحب الملك فوجب أن لا يصح.

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «عبر تحت حائط للعباس، فوقعت عليه نقطة من الميزاب فأمر بنقضه، فقال له العباس: لقد وضعه رسول الله ﷺ بيده، فقال: والله ما يرده إلا من صعد على ظهر عمر، فصعد العباس على ظهره فرده إلى موضعه»[5]. فدل على ما ذكرناه من جواز ذلك.

والقياس: هو أنه جناح (يجوز إخراجه فلم يجز نقضه أصله إذا لم يعترض عليه، ولأن كل من لا يمنع من قرار أرضه)[6] لا يمنع من علوه وهواه، أصله إذا بنى ذلك في ملكه ولم يخرجه، ولأن المسلمين يجوزون ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا، فدل على جواز ذلك.

---

(١) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤٤٧، ٤٤٨ ـ التفريع: ٢/٢٩٢ ـ الكافي: ٤٩٣.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٢٩٤.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أحمد في المسند، ر: ١٧٩٠، ٣/٣٠٩، وأخرجه البيهقي في الكبرى، باب نصب الميزاب وإشراع الجناح، ٦/٦٦، والحاكم في المستدرك، ر: ٥٤٢٨، ٣/٣٣١. وانظر: البدر المنير: ٦/٦٨٩.

(٦) ما بين قوسين سقط من الأصل.

ولأنه به حاجة إلى ذلك فجاز له فعله، لأنه ملكه وحقه إنما يجب إذا لم يكن في ذلك ضرر على المالك، وفي منعه من ذلك ضرر عليه فلا يمنع منه.

❊ **واحتج بأن قال:** لأنه اتفاق فهو مملوك، فجاز نقضه أصله إذا كان ذلك في درب غير نافذ.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في ذلك؛ أنه لا يجوز له إخراجه فلذلك جاز بعضه، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، ولأنه لما جاز له إخراجه لم يجز نقضه، ولأن المعنى في ذلك أنه لقوم معينين وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه بناء أحدثه في ملك قوم، فوجب نقضه أصله الدُّكَان[1] في الطريق.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه أحدث ذلك في ملك غيره بل أحدثه في ملكه، ولأن الدكان يضر المار والجائي، ويتعين فيه الإضرار، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وعلو الدار التي بين اثنين مملوك سقفه لصاحب السفل، وعليه إصلاحه وَرَمُّ شعثه وبناؤه إن انهدم، ولصاحب العلو حق الجلوس عليه[2].

وإنما قلنا إن عمارته على صاحب السفل؛ لأن السقف ملك له وحق |[١٧١أ] إلا فيما زاد عليه، لأن البيت لا يكون بيتا إلا بسقفه في العادة، فإذا ثبت

(١) الدّكان: الدكة المبنية للجلوس عليها. لسان العرب: ٢/١٤٠٦.

(٢) انظر: العتبية مع البيان: ٩/١٧٨ ـ النوادر: ١١/١٠٥ ـ مختصر المدونة: ٣/٤٠٠، التفريع: ٢/٢٩٤.

ذلك ؛ لزم صاحب السفل بناؤه ليصل صاحب العلو إلى حقه ويتمكن من الانتفاع به ، فإن امتنع صاحب السفل من البناء ورم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ، ممن يبني ، أو لأدى ذلك إلى إبطال ملك الأعلى .

❋ مسألة:

عندنا إذا تنازعا السقف ، فقال صاحب العلو هو لي ، وقال صاحب السفل هو لي ، ولا بينة لواحد منهما ، فإن السقف لصاحب السفل[١] .

(وبه قال أبو حنيفة[٢] .

وقال الشافعي: هو بينهما[٣] .

ودليلنا: هو أنه محمول على ملك صاحب السفل)[٤] غير متيقن ملكه لغيره ، فإذا تنازعاه حكم به له . أصله الحمل على الدابة إذا تنازع ذلك صاحب الدابة وأجنبي فإنه يحكم بذلك لصاحب الدابة ، فكذلك في مسألتنا .

ولأن السقف موضوع على ملك الغير ، فكان له ، أصله المتاع الموضوع في دار الغير . ولأن صاحب السفل يبني الحائط ليُسقف عليه ثم يبني عليه صاحب العلو ، فكانت يد صاحب السفل أسبق إليه ، لأن العادة قد جرت أن الناس لا يقعدون تحت السماء بلا سقف ، والحكم عند التنازع لمن يشهد العرف له ، ولأنه لو باع بيتا لدخل سقفه في البيع بالإطلاق ، فعلم بذلك أنه منه ، وكذلك إذا قُسّم فإنه يقسم بسقفة فدل على ما ذكرناه .

---

(١) انظر: النوادر: ١١/التفريع: ٢/٢٩٤ .

(٢) انظر: المبسوط: ٢٠/١٥٨ .

(٣) انظر: المهذب: ٥/٥٦٦ .

(٤) ما بين قوسين سقط من ط .

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه حاجز بين ملكيهما ليس لأحد منهما عليه بينه فلم يحكم له به، أصله الحائط بين الدارين إذا تنازعاه، فإنه يكون بينهما فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه وإن كان حاجزا بين ملكيهما، إلا أن العادة ما جرت أن السقف يكون إلا لصاحب السفل لأنه أولى، وهو يبتدئ البناء حتى يبني الأعلى فالظاهر معه فحكم له بذلك، وأما الحائط بين الدارين إنما كان بينهما إذا تنازعاه، لأن العرف لا يشهد لأحدهما، وأما إن شهد العرف لأحدهما كان له ذلك، فلا فرق بينه وبين السقف، مثل أن يكون قد أحدث فيه شيئا، وليس كذلك في مسألتنا، لأن العرف يشهد لما قلناه.

❊ **قالوا**: ولأن السقف يكنُّ صاحب السفل من الحر والبرد، وصاحب العلو ينتفع به بالقعود عليه، وكونه أرضا له، فلم يجز أن ينفرد به أحدهما.

⚜ **والجواب**: هو أن صاحب السفل أسبق ويده أظهر، فكان له، لأن العرف يشهد له فيقدمه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا تنازعا حائطا|[١٧١ب] بين دارين، حكم لمن يشهد له العرف بذلك، بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبا فيه من (الرباط)[١]، ومعاقد القمط[٢]، ووجوه الآجر والتجصيص واللبن وغير ذلك[٣].

---

(١) في الأصل: «الرتاج».

(٢) معاقد القمط: القُمُط: هي الشرط جمع شريط، وهو ما يعمل من ليف وخوص، وقيل (القُمُطُ): الخشب التي تكون على ظاهر الخصّ أو باطنه يشدّ إليها حرادي القصب أو رءوسه. المصباح المنير: ٧٠٨.

(٣) انظر: النوادر: ١١/٩٩ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٩٣ ـ الكافي: ٤٩٣

وبه قال أبو حنيفة[١].

وقال الشافعي: الحائط لهما جميعا[٢] (بعد أيمانهما)[٣].

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ «حكم بين رجلين تنازعا جدار فجعله لمن إليه معاقد القمط»[٤]، (ولأن العادة أن مثل هذا التصرف أن يكون من الملاك، فوجب أن يكون الحكم لمن يشهد له العرف، كما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير ومقدار الحمولة)[٥]، وهذا يدل على ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: فلعله حكم له به لأنه أقر له بذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا غلط بين؛ لأنه إذا أطلق الحكم لا يرجع إلى الإقرار، وإنما يرجع إلى الحكم بذلك، والذي نقل أنه حكم بذلك.

والقياس: هو أنه حائط توسط مليكهما ولأحدهما عليه حمل مقصود، فوجب أن يحكم له به، أصله إذا كان له عليه أرج معقود، ولا يلزمنا إذا كان له عليه جذع واحد فإنا نحكم له به لأنها يد.

❊ **قالوا**: المعنى في الأرج إذا كان عليه إنما يحكم له به لأن الأرج

---

(١) انظر: المبسوط: ٨٧/١٧

(٢) انظر: المهذب: ٥٦٦/٥

(٣) سقطت من الأصل.

(٤) روى الدارقطني بسنده عن حارثة بن ظفر: «أن دارا كانت بين أخوين فحظرا في وسطها حظارا ثم هلكا وترك كل واحد منهما عقبا، فأدعى كل واحد منهما أن الحظار له من دون صاحبه، فاختصم عقباهما إلى النبي ﷺ، فأرسل حذيفة بن اليمان فقضى بينهما، فقضى بالحظار لمن وجد معاقد القمط تليه، ثم رجع فأخبر النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: أصبت». أخرجه في السنن الكبرى، باب الشفعة، ر: ٤٤٥٥، ٤٠٩/٥، والبيهقي في الكبرى، باب من استعمل الدلالة، ٦٧/٦، وفي اسناده ضعف، ذكره الدارقطني، ٤١٠/٥.

(٥) ما بين قوسين ساقط من الأصل.

يبنى قبل الحائط.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الأرج لا يبنى إلا بعد أن يبنى أساس الحائط، ولأنه إذا كان له عليه أجذاع أو شيء من التجصيص والتبييض فإن العرف يشهد له بذلك، فكان ذلك محكوما له به. أصله الراكب والماسك والداخل في الدار والأخذ بحلقة الباب، فكذلك في مسألتنا.

ولأنه إذا كان له فيه عمل، فإنه يبيع في البيع، وأما مع البيع في المطلق وجب أن يحكم له به، أصله الأجذاع والآلات التي تكون في السقف.

❁ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المنكر»(١).

❁ **والجواب**: هو أنه عليه السلام؛ إنما أراد بذلك من ادعى خلاف الظاهر، والذي له الجذوع ومعاقد القمط والتجصيص ووجوه الأجر فما ادعى إلا ما هو الظاهر، وأما العرف يشهد له بذلك فحكم له به.

||[١٧٢أ] ❁ **قالوا**: ولأنه حائط توسط ملكيهما متصل بهما، فلم يجز أن ينفرد به أحدهما، أصله إذا لم يكن عليه جذوع ولا إليه معاقد القمط.

❁ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا كان أرج العقود، وعلى أن المعنى في ذلك أن العرف والعادة والظاهر لا يشهد له، فلذلك كان بينهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الظاهر يشهد له، ومعاقد القمط ووجوه الآجر، لأن العادة والعرف جار بذلك، ومن قويت شبهته قدم في الحكم، كالماسك بلجام الدابة والراكب فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

مسألة:

والحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه، فلا يمكن أن يحدث فيه شيئا إلا بإذن شريكه، لأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره إلا بإذنه وحقه غير متميز عن حق الشريك، فكان كالثوب والعبد[1].

فأما إن انهدم هذا الحائط وكان سترة لهما وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه: أنه يجبر الممتنع من البناء عليه، وروي عنه أنه قال: لا يجبر[2].

واختلف قول الشافعي رحمه الله في هذه المسألة على قولين، فقال: يجبر، وقال: لا يجبر.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينظر فيه. فإن كان مما إذا قسم انتفع كل واحد منهما بحصته على الانفراد لم يجبر المانع، وإن كان مما لا ينتفع به على الانفراد أجبر على ذلك[3].

والدليل على وجوب الإجبار؛ ما روي أن رسول الله ﷺ قال «لا ضرر ولا ضرار»[4]. وفي امتناع هذا من الاتفاق ضرر على صاحبه، فوجب أن يجبر عليه، لأنه لا يتمكن من الانتفاع به إلا على ذلك الوجه.

والقياس: هو أنه لا يمكنه الانتفاع به إلا بالاتفاق عليه، فوجب أن يجبر عليه. أصله العبد بين اثنين والدابة.

---

(١) انظر: النوادر: ١١/١٠٣ ـ التفريع: ٢/٢٩٣.
(٢) انظر: النوادر: ١١/١٠٢ ـ التفريع: ٢/٢٩٣ ـ الكافي: ٤٩١.
(٣) انظر: المبسوط: ١٧/٩٣.
(٤) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: المعنى في العبد والدابة أنه لو انفرد أحدهما أجبر على الاتفاق عليه، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الضرر ههنا موجود في حق الغير فأجبر عليه. ولأن في العبد إذا امتنع من الاتفاق عليه أجبر على الاتفاق على بيعه وإزالة ملكه عنه، ولأنه لو كانت بينهما أرض فطلب أحدهما القسمة وإجارة الأرض وامتنع الآخر، فإنه يجبر الممتنع من ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

|[١٧٢ ب] ❊ **واحتج بأن قال**: لأن كل ملك منفرد لا يجبر على الاتفاق عليه، فإذا شاركه غيره فيه وجب أن لا يجبر عليه، أصله إذا كان ذلك براحا واسعا.

❊ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن لا يجبر عليه عند الانفراد، ويجبر عليه عند الاشتراك، كالعبد المشترك والدابة المشتركة، فأما إذا كان براحا واسعا بينهما فأراد أحدهما قسمتهما وأبى الآخر، فإن من أبى ذلك يجبر عليه، فلا فرق بينهما.

وعلى أن المعنى في العرصة الواسعة: هو أن كل واحد منهما ينتفع بها كما ينتفع الآخر بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالبناء والاتفاق، فهو كالعبد بين الشريكين أشبه.

❊ **قالوا**: ولأن الإنسان لا يجبر على الانتفاع بملك نفسه، لأن له الانتفاع وله الترك.

❊ **والجواب**: هو أنه كما ذكرتم إذا انفرد بذلك، وأما إذا اشترك مع غيره فإنه يجبر على ذلك، كالعبد والدابة بين اثنين إذا امتنع أحدهما من الاتفاق على ذلك أجبر، والله أعلم.

فَصْلٌ

والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما، فإن أبى أحدهما فإنها

تتخرج على روايتين: كالحائط بينهما[1].

فَصْل

ومن له مسيل ماء على سطح رجل، فالنفقة على صاحب السطح دون من له حق المسيل[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه حق عليه فوجب أن تكون النفقة عليه.

فَصْل

وأما من له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة، فهي عليهما جميعا[3].

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، وهي من له مسيل ماء على سطح غيره، حيث قلنا: إن النفقة هناك على صاحب السطح؛ لأن صاحب المسيل له حق مرور الماء على سطح الآخر، فعلى صاحب السطح تمكينه من ذلك، وليس له ملك في السطح فلم تلزمه النفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فَصْل

وإذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم، فإنه يكون بينهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحدهم الامتناع من طرح متاعه إذا احتيج إلى تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته[4].

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/١١ ـ العتبية مع البيان: ٢٤١/١٠ ـ التفريع: ٢٩٣/٢.
(٢) انظر: التفريع: ٢٩٣/٢.
(٣) انظر: التفريع: ٢٩٣/٢ ـ الكافي: ٤٩٥.
(٤) انظر: التفريع: ٢٩٥/٢ ـ الكافي: ٤٩٢.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره ، وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره فالحكم فيه سواء ، |[١٧٣أ] ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله ، لأن الطارح فعل ما يلزم ، هذا فعله ، فكان كالنائب عنه .

وإنما قلنا إنه يكون بينهم على قدر أموالهم ؛ لأن الحق في ذلك لجميعهم ؛ ولأن غرق المركب لما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما يحتاج إليه من تخفيف .

وقد اختلف في اعتبار القيمة ، فقيل يكون في وقت الطرح ، وقيل يكون في قرب المواضع إليه ، وقيل يكون الاعتبار بالثمن الذي اشترى به .

فوجه القول بأن الاعتبار في القيمة بحال الطرح : هو أنه إتلاف فوجب أن يعتبر بحال إتلافه أصله سائر المتلفات .

ووجه القول بأنه يعتبر فيه أقرب المواضع إليه : هو أنه في البحر لا قيمة له ، لأنه لا يساوي شيئا لأنه يطرح في الماء كما لا يقوم المرتد وقت قتله لأنه لا قيمة له .

ووجه الاعتبار بالشري ، لأنه ليس ههنا شيء يرجع إليه سواه ، إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق ، ولا يلزم عمال المركب شيء ، وإنما قلنا ذلك ، لأنه لم يكن الخوف لأجلهم ، وإنما كان لأجل ما في المركب من الحمل والثقل .

فَصْلٌ

فأما إذا اصطدم المركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر[1] .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/٢٩٦ ـ الكافي : ٤٩٣

وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه لا صنع له في ذلك ، لأنه لا يقدر على ضبطه ولا على منع الريح ودفعه الموج ، وذلك بخلاف الراكبين على فرسيهما إذا اصطدما ، لأن التفريط من قبل الصادم ، لأنه قادر على ضبط فرسه وعلاجه ، وإلا كان يجب أن لا يركب فرسا لا يضبطه ، لئلا يجني على غيره ، فالسفينة بخلاف ذلك ، لأنه لا يقدر على ضبط ذلك فافترقا .

كتاب اللقيط

مسألة:

عندنا أن الصبي المسلم مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقد حكى أبو الحسن بن القصار في كتابه[3]: إذا كان مميزا فإنه يصح إسلامه بنفسه[4].

وهو مذهب أبي حنيفة[5].

والدليل على أن إسلامه بنفسه لا يصح؛ ما روي أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة»[6]، فذكر الصبي حتى يبلغ، وهذا يدل على أن إسلامه قبل ذلك لا يصح.

❊ **قالوا**: إنما أراد بذلك رفع الإثم.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الصبي قبل بلوغه لا يتعلق به إثم، فرفع عنه فلم يصح ما قالوه. ||[١٧٣ب] والقياس: هو أنه غير مكلف فلا يصح

---

(١) انظر: المدونة: ٢/٥٥٠ ـ النوادر: ١٤/٥٠٠.

(٢) انظر: مختصر المزني: ١٣٧ ـ المهذب: ٣/٦٥٩.

(٣) هو كتاب عيون الأدلة في مسائل الخلاف.

(٤) انظر: عيون المسائل: ص، ٦١٠.

(٥) انظر: المبسوط: ١٠/٢١٤، ٢١٥، بدائع الصنائع: ٦/١٩٨.

(٦) تقدم تخريجه.

إسلامه بنفسه أصله المجنون. وقولنا: غير مكلف، يريد بذلك أنه لا يلزمه منه شيء من الأحكام الشرعيات.

❊ **قالوا**: المعنى في المجنون أنه لا تمييز له فلذلك لم يصح منه ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه مميز.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا اعتبار بتمييزه، ولأن طلاقه لا يجوز ولا إقراره بدين ولا شهادته فلم يصح ما قالوه.

ولأن تمييزه إنما يكون بالعقل، والعقل معدوم من جهته، لأن الإيمان بالله تعالى ورسوله لا يصح إلا مع العقل، وهو لا عقل له.

وقياس آخر: وهو أن كل من صح إسلامه على وجه التبع لغيره لم يصح إسلامه بنفسه أصله الصغر.

وقياس آخر: وهو أن من لا يصح طلاقه لا يصح إسلامه، أصله الطفل الصغير. أو لأنه لا يصح إقراره فلا يصح إسلامه بنفسه أصله ما ذكرناه.

ولأن الأيمان شهادة فوجب أن لا تصح من الصبي، أصله الشهادة على الحقوق.

ولأنه لو كان يصح إسلامه بنفسه، لوجب إذا بلغ أن لا يطالب بالإسلام ثانية، فلما قلتم أنه بطل بذلك دل على أن إسلامه لم يصح.

❊ **واحتج** بما روي أن عليا كرم الله وجهه أسلم وهو صغير، فدل على ما ذكرناه.

⚜ **والجواب**: هو أنه روي أنه أسلم وله خمس عشرة سنة، ومن يكون له هذا السن لا يكون إلا بالغا عاقلا.

❊ **قالوا:** هذا لا يصح ؛ لأنه هو أعرف بنفسه من غيره ، وقد روي عنه أنه قال: «سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلم» .

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الخبر ما صح عنه وإنما أضيف إليه ، كذلك قال أهل المعرفة بالسير والأخبار والآثار .

❊ **وجواب آخر:** وهو أنه إنما صح إسلامه لأنه على وجه التبع لأمه ، لأن أمه فاطمة بنت أسد أسلمت قبله فلذلك صح إسلامه ، لأنه على وجه التبع على هذا الوجه ، فلم يصح ما قالوه من ذلك .

❊ **قالوا:** ولأنه مميز يصح إسلامه بنفسه أصله البالغ .

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أن له تمييزا ، لأن تمييزه ليس بصحيح .

والمعنى في البالغ ؛ أنه إنما صح إسلامه بنفسه لأنه يصح طلاقه وإقراره ولا تصح شهادته ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه لما لم يصح جميع ذلك منه لم وجب أن لا يصح إسلامه كالطفل الصغير .

❊ **قالوا:** ولأن الإيمان |[١٧٤أ] عبادة فصحت من الصبي المميز أصله الصلاة .

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالحج فإنه عبادة ، ومع ذلك فإنه لا يصح منه ، والمعنى في الصلاة إنما صحت منه لأن الصلاة من العبادات التي تنقسم إلى فرض ونفل وليس كذلك الإيمان ، لأنه لا يكون إلا فرضا فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا:** ولأن من وجبت الزكاة في ماله صح إسلامه بنفسه أصله البالغ ، وذلك أن عندكم هو من أهل الزكاة وتوجبون ذلك في ماله ، فلولا أنه مسلم ما أوجبتم عليه ذلك في ماله ، ألا ترى أن الكافر لما لم تجب الزكاة في ماله لم تحكموا بإسلامه .

❁ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه مخاطب بالزكاة، وإنما الولي هو المخاطب بذلك دونه، كما نقول أننا جميعا مخاطبون بغسل الميت، وعندكم بإخراج الفطرة عن هذا الصبي الذي اختلفنا فيه فلم يصح ما قالوه من ذلك، كما يصح من البالغ.

❁ **والجواب الآخر:** هو أن هذا التمييز لا يصح؛ لأن ذلك النظر يحتاج إلى عقل وتدبر وتفكر وذلك ممتنع في حق الصبي، ألا ترى أن طلاقه الذي هو أقرب مما ذكرتم لا يصح منه.

❁ **فإن قالوا:** ولأن الإيمان بالله تعالى هو السابق للعباد كما ذكرناه في الكافر.

❁ **والجواب:** هو وإن كان سابقا إلا أنه لا تمييز يتميز به ذلك السابق، لأن معرفة ذلك إنما تحصل مع العقل، والعقل معدوم من جهته، فوجب أن لا يصح ذلك منه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

واختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى في المرأة إذا ادعت لقيطا، فقال أكثرهم: لا يلحق بها ولا يكن مسلما بإسلامها[(١)].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[(٢)].

وقال عبد الله بن وهب من أصحابنا: أنه يلحق بها[(٣)].

وبه قال الشافعي[(٤)].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/٥٤٨ ـ مختصر المدونة: مخطوط: ٢٨٠٢، النوادر: ٩/٤٠٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٦/١٩٨.

(٣) انظر: بداية المجتهد: ٢/٣١٠.

(٤) انظر: الحاوي الكبير: ٨/٥٧ ـ المهذب: ٣/٦٦٠.

فوجه ما قاله عبد الله: هو أن من صح منه الإقرار بالوطء صح منه الإقرار بالولد أصله الرجل، ولأن الأم أحد الأبوين فصح منها الإلحاق أصله الأب.

واستدلال، وذلك أن الأم تتحقق ذلك ما لا يتحققه الأب، لأنه انفصل من أحشائها والرجل لا يتحقق ذلك، فإذا جاز إلحاقه بمن لا يتحقق ذلك فإلحاقه بمن يتحقق ذلك منه أولى.

وإذا قلنا أنه لا يلحق فالدليل عليه: هو أن من لا يبيعها في عقد الذمة وجب أن لا يبيعها في الإسلام |[١٧٤ب] أصله الجد والعم، ألا ترى أنه يتبع أباه في الذمة وكذلك أيضا يتبعه في الإسلام، والأمر بخلاف ذلك، ولأنا لو قلنا أنه يتبع أمه لكان في ذلك استلحاق نسب على الغير، وذلك غير جائز، فدل على ما ذكرناه، والله أعلم.

فَصْلٌ

ومن التقط لقيطا فأنفق عليه فهو متطوع بذلك، فأما إن أراد أن ينفق عليه ويقول أتبعه بذلك دينا، فليس له ذلك[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته فليس له أن يجعل عليه دينا من قبل نفسه لأنه إما أن ينفق محتسبا وإلا تركه فإن أمره يلزم الكافة.

فَصْلٌ

وسواء استأذن الغلام الإمام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، فإنه لا يلزمه شيء من ذلك.

ومن من الناس من قال: أنه إذا أذن له الإمام في الإنفاق عليه يتبعه

(١) انظر: المدونة: ٤٠٨/٣ ـ النوادر ٤٨٢/١٠.

بذلك دينا[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا يلزمه ذلك ؛ لأن الإمام لا يملك أن يلزم ذمم الصغار ديونا يتبعون بها مع الغنى عن ذلك ، ولأن النفقة على أمثال هؤلاء إنما تكون على وجه الحسبة والصدقة لا غير ، فلم يصح ما قالوه من إلزامهم ذلك له.

مسألة:

عندنا إذا ادعى لقيطا مسلم وذمي ، فإن شهد للمسلم به مسلمون كان له ، وإن لم يشهدوا له بذلك مسلمون لم يحكم له به[2].

وقال أبو حنيفة: يحكم به للمسلم على كل الأحوال ، وسواء قامت له بذلك بينة أو لم تقم[3].

وقال الشافعي: يعرض على القافة ، فمن ألحقته به لحق به[4].

والدليل على أنه لا يلحق به من غير بينة ؛ هو أنهما شخصان لو انفرد أحدهما بالدعوى حكم له بذلك ، فإذا تساويا وجب أن لا يحكم لأحدهما به ، أصله المسلمين والذميين إذا ادعياه ، فإنه لا يحكم لهما به فكذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنهما مدعيان تساويا فوجب أن لا يحكم به لأحدهما. أصله إذا تداعيا شيئا مثل ثوب أو عبد وغير ذلك ، ولا سبب تثبته الدعوى في النسب ، فإذا تساويا في الدعوى وجب أن لا يحكم له لأحدهما. أصله إذا كانت أمه بين اثنين فادعى كل واحد منهما أنه ولده ، فإنه لا يحكم له بذلك ، كذلك

(١) انظر: النوادر: ١٠/٤٨٢ ـ المنتقى: ٧/٣٣١ ـ عقد الجواهر: ٣/٨٩.

(٢) انظر: المدونة: ٣/٤١٠ ـ مختصر المدونة: ل: ٢٨٢ أ ـ النوادر: ١٠/٤٨٣.

(٣) انظر: المبسوط: ١٠/٢١٧ ـ بدائع الصنائع: ٦/١٩٩.

(٤) انظر: الأم: ٧/٦٠٥ ـ مختصر المزني: ١٣٧.

في مسألتنا مثله، ولأن اختلافهما في الدين لا يوجب ترجيح أحدهما على الآخر أصله الفاسق والعدل.

❊ **واحتج بأن قال:** إن الإسلام أعظم |[١٧٥أ] الأشياء، والكفر أدون الأشياء، فوجب أن يلحق بالأعظم والأولى.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أن نلحقه بالإسلام وإن كان أعظم ولا بالكفر وإن كان أدون، ولكنا نتركه حتى يبلغ، فإذا بلغ فوُصِفَ بالإسلام كان مسلما وإن وُصِف بالكفر كان كافرا وأقررناه على ذلك.

وعلى أن ما قالوه ينكسر بما إذا ادعاه غني وفقير فكان أيضا يجب أن نلحقه بالغني دون الفقير، لأن إلحاقه بالغني له في ذلك فائدة، وبالفقر له بذلك في ذلك ضرره. وكذلك إذا ادعاه العدل والفاسق كان يجب أن نقول إنه يلحق بالعدل، لأنه أشرف وأكمل من الفاسق فلم يصح ما قالوه،

❊ **قالوا:** ولو أنهما اختلفا في حضانة هذا اللقيط، فقال المسلم أنا آخذه للحضانة وقال الذمي أنا آخذه للحضانة كان المسلم أولى به فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **والجواب:** هو أنا إنما قدمنا المسلم في الحضانة على الذمي لمعنى صحيح؛ وذلك أنا نخاف من الكافر من أن يلقنه الكفر ويستمر عليه، فلذلك قلنا إن المسلم أحق به، فإذا بلغ وصف ما شاء أقررناه على ذلك والله أعلم.

❊ مسألة:

عندنا إذا وجد لقيطا في دار الإسلام فما بلغ وصف بالكفر فإنه يقر على ذلك[1].

---

(١) انظر: المدونة: ٥٧٧/٢ ـ عقد الجواهر: ٩٢/٣.

وبه قال الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: لا يقر على الكفر ويحبس حتى يسلم، إلا أنه قال إن لم يسلم لم يقتل[2].

ودليلنا: هو أنه حكم ثبت له بالدار، فإذا بلغ ووصف غيره وجب أن يقر عليه، أصله إذا قال أنا عبد لفلان.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك، أنه إقرار على نفسه فذلك قبل منه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه مرتد بإقراره ههنا بالكفران سقط حق الله تعالى، فوجب أن لا يقبل منه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن حق الحرية أيضا لله تعالى، ألا ترى أنه لو قال رجل لعبده أنت حر فقال العبد أنا عبد فقال أنا عبد، فإنه لا يقبل من العبد بل يقبل من السيد، وفي مسألتنا لو قال أنا عبد لزيد قبل منه ذلك.

ولأنه لو كان في حكم المسلم لوجب إذا وصف الكفران بحكم تصرف عتقه دل على أنك ما حكمت بإسلامه. ولأنه حكم ثبت له بدار الاسلام فإذا وصف غيره وجب أن لا يقبل منه أصله إذا كان تابعا لأبيه.

⚜ **والجواب**: هو أنه إنما كان كذلك، لأن لأنا قد حكمنا له بالإسلام ظاهرا وباطنا، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما حكم له بظاهر الدار، وظاهر الدار لا يدل على إسلامه، لأنها تجمع أهل الإسلام وأهل الذمة فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

---

(١) انظر: مختصر المزني: ١٣٦ ـ الحاوي الكبير: ٤٦/٨.

(٢) انظر: المبسوط: ٢١٤/١٠ ـ بدائع الصنائع: ١٩٨/٦.

فَصْلٌ

وميراث المنبوذ[1] لبيت مال المسلمين[2].

وإنما قلنا ذلك، لأنه مسلم لا وارث له. وليس لملتقطه شيء من ميراثه[3].

وإنما قلنا ذلك، لأن الميراث لا يكون إلا بسبب ونسب، وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، فكان على ما قلنا.

---

(١) المنبوذ: اسم للطفل الذي يوجد مطروحا. انظر: الذخيرة: ١٠/١٢٩.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٨٣ ـ المنتقى: ٧/٣٣٢ ـ التفريع: ٢/٣٣٧.

(٣) انظر: التفريع: ٢/٣٣٧.

كتاب اللقطة

والأصل في اللقطة ما روي أن النبي ﷺ قال للسائل الذي سأله عنها: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[1].

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فالشيء الملتقط على ضربين:

منها ماله خطر وبال يمكن تعريفه سنة، فينبغي لملتقطه أن يعرفه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه.

وإنما قلنا ذلك: لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والعون على فعل الخير وهذا منه، ولأنه قد تحصل مع من لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم آخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظا كان مندوبا إلى ذلك.

وأما الضرب الآخر: فما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كاليسير من الدراهم والشيء اليسير من المأكول وما أشبه ذلك، فهذا لا فائدة في أخذه، فإن أخذه جاز ذلك[2].

مسألة:

عندنا يجوز التقاط الدنانير والدراهم والغنم وسائر العروض، وأما الإبل

(١) أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الإبل، ر: ٢٤٢٧، ٢/١٨٤، ومسلم في اللقطة، ر: ١٧٢٢، ص ٧١٦.

(٢) انظر: التفريع: ٢/٢٧٣.

فلا يجوز التقاطها[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز التقاط جميع ذلك[3].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ سأل عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فدونك بها»[4]. وسئل عن ضالة الغنم: «فقال خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[5]. وسئل عن ضالة الإبل فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: «مالك ومالها معها غذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر»[6].

فوجه الدليل منه أنه ﷺ فرق بينهما فدل على أن التقاط ذلك لا يجوز.

❊ **قالوا**: إنما أراد بذلك عليه السلام أن لا يتملك ذلك.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه عليه السلام بين ما يجوز التقاطه مما لا يجوز التقاطه، |[١٧٦أ] ففرق بين ذلك، وقال معها حذاؤها وسقاؤها فدل على ما ذكرناه.

وروي أن ثابت بن الضحاك وجد بعيرا فعرّفه، فجاء إلى عمر بن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٥٥ ـ الموطأ: ٢/٣٠١، ٣٠٢ ـ النوادر: ١٠/٤٦٧ وما بعدها ـ الرسالة: ١٣٦.

(٢) انظر: الأم: ٥/١٤٣ ـ مختصر المزني: ١٣٥ ـ المهذب: ٣/٦٣٣.

(٣) انظر: المبسوط: ١١/٨، ١٠ ـ بدائع الصنائع: ٦/٢٠٠.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الغنم، ر: ٢٤٢٨، ٢/١٨٤، ١٨٥، ومسلم في اللقطة، ر: ١٧٢٢، ص ٧١٦.

(٦) تقدم تخريجه.

الخطاب رضي الله عنه وقال: «قد شغلني عن ضيعتي»، فقال عمر: «أرسله حيث وجدته»[1].

والقياس: هو أن الإبل ضالة تمنع من صغار السباع بنفسها فلم يجز التقاطها أصله الغني.

❊ **قالوا**: المعنى في الغني أنه لا يملك الالتقاط.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأن الغني والفقير في ذلك سواء في جواز الالتقاط لكل واحد منهما فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنها ضالة فجاز التقاطها أصله الغنم.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا القياس لا يصح؛ لأنه معاند صاحب الشريعة عليه السلام، لأنه غضب عند ذكر الالتقاط، وقال: مالك ولها معها سقاؤها وغذاؤها فلم يصح من هذا الوجه،.

والثاني: هو أن المعنى في الغنم إنما جاز التقاطها لأنها لا تدفع عن نفسها لا صغار السباع ولا كبارها، وإن قلنا إنها لا تلتقط لأدى إلى إتلاف أموال الناس، وقد ندبنا إلى حفظها، وليس كذلك الإبل لأنها تمنع عن نفسها فلم يجز التقاطها لأجل ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن ما جاز التقاطه للتعريف لم يكن فيه فرق بين الصغار والكبار أصله الغنم.

⚜ **والجواب**: هو أنا قد بينا الفرق بين الغنم والإبل فأغنى عن إعادته.

⚜ **والجواب**: هو أن المعنى في الوديعة أنها تصح في حال الغنى والفقر

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوال، ر: ٢٢٠٨، ٢/٣٠٥.

وليس كذلك في مسألتنا، لأن عندكم الغني لا يجوز له الالتقاط بوجه ولا سبب فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وجد شاة في فلاة من الأرض لا قرية بقربها تضمنها إليها وخاف عليها من سبع يأكلها فهو بالخيار بين تركها وأكلها ولا ضمان عليه لربها في أظهر الروايتين عن مالك رحمه الله[١].

وقال الشافعي: إذا أكلها وجب عليه ضمان قيمتها لربها[٢].

والدليل لما قلناه ما روي أن رسول الله ﷺ «سئل عن ضالة الغنم فقال: هي لك ولأخيك أو للذئب»[٣].

وروي عنه أنه قال «خذها إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[٤].

فوجه الدليل منه أنه قال عليه السلام: «هي لك»، وهذه اللام؛ هي «لام التمليك» فجعلها ||[١٧٦ب] عليه السلام ملكا له، ومن أكل ملكه لا ضمان عليه.

والثاني: هو أنه عليه السلام قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، وهذا تنبيه منه عليه السلام في أنه في حكم المتلف ولا قيمة لها.

والثالث: هو أنه جعله عليه السلام في أكلها بمنزلة الذي لا يتعلق عليه الضمان، لأنها ضائعة لا قيمة لها في هذا الموضع.

والقياس: هو أنها مال جُعِل له بالشرع، فإذا أكله لم يلزمه ضمانه أصله

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/٤٧٩ ـ التفريع: ٢/٢٧٤.
(٢) انظر: الأم: ٥/١٣٥ ـ مختصر المزني: ١٣٦.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

سائر أمواله، ولأن ما هذه سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن تعريفه، ولا يخلو أن يمنع أحدهما، وذلك خلاف الإجماع يلزمه حفظها وسوقها إلى العمران، وذلك لا يلزمه، لأن عليه في ذلك مشقة وكلفة، وأن يباح له أكلها بشرط الضمان وذلك لا يجوز، لأن ما هذه سبيله إما أن يكون بعد التعريف إذا كان مما يبقى فلم يبق إلا ما قلناه، وأن أكلها مباح له فلا ضمان يلزمه.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1]، وصاحب هذه الشاة ما طابت نفسه بأكل هذا الملتقط لها، فوجب أن يلزمه ضمانها.

❊ **والجواب**: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن صاحب الشريعة عليه السلام جعل هذه الشاة ملكا له، فما أكل إلا مباحا وملكه، ومن أكل ملكه لا ضمان عليه لنفسه.

وجواب آخر: وهو أنا نقول بخبركم ونستعمل الخبرين ونلفق بين الدليلين فنقول: إذا وجدها قريبا من قربه أو عمران ساقها إلى ذلك الموضع ولا يجوز له الأكل، والجمع بين الدليلين أولى من القول بأحدهما واطراح الآخر، وأنتم لا يمكنكم استعمال خبرنا إلا في الضمان فحسب فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وروي أن النبي ﷺ قال في اللقطة: «لا يكتمها ولا يغيبها»[2] وهذا يمنع من إتلافها.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو ما رواه البيهقي في الكبرى بسنده عن عياض بن حمار المجاشعي قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإذا جاء صاحبها فليردها عليه وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء». أخرجه في الكبرى، باب تعريف اللقطة ومعرفتها والاشهاد عليها، ١٩٣/٦.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الذي قال هذا ؛ قد قال في الشاة: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[(١)] ، ففرق بينها وبين سائر الالتقاط.

❊ **قالوا**: ولأنه أكل مال غيره بغير إذنه فوجب أن يلزمه الضمان أصله الغائب.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه أكل مال غيره ، بل إنما أكل مال نفسه الذي جعل له أكله فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وأما المعنى في الغاصب أنه معتدي على مال الغير فلذلك إذا أكله لزمه الضمان ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه أكل ماله وملكه فلا يلزمه ضمانه كسائر أملاكه وأمواله.

وجواب آخر: وهو أن المعنى في الغاصب أنه أتلف ماله قيمة ، فلذلك لزمه الضمان وليس كذلك |[١٧٧أ] في مسألتنا ، لأن هذا أتلف مالا له قيمة ، فلا يلزمه ضمانه ، كما لو قتل شيئا من حشرات الأرض فإنه لا يلزمه قيمة لذلك.

❊ **قالوا**: ولأنها لقطة مندوب في أخذها ، فإذا أكلها وجب أن لا يلزمه ضمانها أصله غير الحيوان.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نقول أنها مأذون في أخذها بل هي له وأذن له في أكلها. وأما المعنى في الأصل وهو سائر الأشياء فإنها لها قيمة ، فإذا أتلف ذلك ألزمناه قيمتها وليس كذلك هذه الشاة فإنه لا قيمة لها.

ولأن سائر الأشياء ما أضافها صاحب الشريعة إليه إضافة الملك ، فلذلك لزم ضمان ذلك وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه أضاف ذلك إليه بلام التمليك ،

---

(١) تقدم تخريجه.

فإذا أكل لم يلزمه ضمان ذلك كسائر أمواله فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا إذا التقط لقطة عرفها سنة عند الموضع الذي أصابها فيه، وفي أقرب المواضع إليه، وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدعيها، وعرفها بما فيها من العفاص والوكاء، أو بزيادة من ذلك من ذكر ما فيها، من ورق أو ذهب أو رقة وما يغلب معه الظن على صدقه في دعواه، دفعها إليه. وأما إن مضت السنة فلم يأت لها طالب فهو بالخيار؛ بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء عليه في تلفها، وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان. فإذا جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له، وبين أن يتملكها فيكون دينا في ذمته يدفعها إلى صاحبها؛ وسواء كان الملتقط لها غنيا أو فقيرا في جواز الأكل[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: إن كان فقيرا جاز له الأكل، وإن كان غنيا لم يجز له الأكل[3].

ودليلنا ما روى زيد بن خالد الجهني سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها بها وإلا فشأنك بها»[4]، وروي في بعض الألفاظ أنه عليه السلام قال: «فكلها»[5].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٥٥ ـ ٤٥٦ ـ النوادر: ١٠/٤٦٩ ـ التفريع: ٢/٢٧٣.

(٢) انظر: الأم: ١٣٥ ـ مختصر المزني: ١٣٥.

(٣) انظر: المبسوط: ١١/٧ ـ بدائع الصنائع: ٦/٢٠٢.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

وروي أنه عليه السلام أنه قال: «وذلك مال الله يؤتيه من يشاء»[1].

❊ **قالوا**: إنما قال ذلك عليه السلام لأن زيد بن خالد الجهني كان فقيرا فلذلك قال له كلها، وعندنا إذا كان فقيرا جاز له الأكل.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن زيد بن خالد إنما سأله |[١٧٧ب] عن حكم اللقطة ولم يتعرض لا للفقير ولا للغني، ألا تراه عليه السلام قال له أعرف عفاصها ووكاءها فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنه لعله كان غنيا ومن أين لك أنه كان فقيرا، وإنما هو قول من عندك لا دليل عليه.

وروي «أن أبي بن كعب وجد صرة فيها ثمانون دينارا أو مائة دينار، فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال له: «أعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[2].

وروي أنه عليه السلام قال: «وإلا فكلها»[3].

❊ **قالوا**: فقد روي أنه عليه السلام قال له: «فكلها فإنك ذو حاجة إليها»[4] فلذلك أمره بذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذه الزيادة غير معروفة، فلا يلزم المصير إلى ذلك ويجب أن يستبدل ذلك وينقلونه نقل الأصل ولا سبيل إلى ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة، بالعلامة دفع إليه، ر: ٢٤٢٦، ١٨٤/٢، ومسلم في اللقطة، ر: ١٧٢٣، ص ٧١٧.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في لفظ البخاري أنه قال ﷺ: «احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها». وهذا الحديث تقدم تخريجه.

والثاني: هو أنه قد روي أن أبيا من أيسر الأنصار مالا أو مثلهم.

❊ **قالوا:** وهذا لا يصح؛ لأن «رجلا جاء من قوم أبي بن كعب إلى رسول الله ﷺ فقال: إني أريد أن أتصدق ببعض مالي يا رسول الله». فقال له رسول الله ﷺ: «اجعله في حسان بن ثابت وفي أبي بن كعب»(١). فدل بذلك على أنه كان فقيرا.

⚜ **والجواب:** هو أن تلك الصدقة كانت وقفا، والوقف يشترك فيه الغنى والفقير فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أن الأكل حكم من أحكام اللقطة |[١٧٨أ] فاستوى فيه الغني والفقير أصله معرفة الوكاء والعفاص والتعريف وسائر أحكامها.

وقياس آخر: وهو أن من جاز له الالتقاط جاز له الأكل أصله الفقير، ولأن من جاز له الأعراف جاز له الأكل أصله الفقير.

❊ **قالوا:** المعنى في الفقير إنما جاز له الأكل لأنه يأخذ الزكاة وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يأخذ الزكاة فلا يجوز له الأكل.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الغنى يجوز له الأكل، ألا ترى أن جباة الصدقات والغزاة لهم استباحة ذلك مع الغنى، فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن كل من ملك التصرف باللقطة ملك الأكل أصله

---

(١) هذا الحديث مروي بالمعنى، والأصل فيه ما جاء في صحيح مسلم قال: «حدثنا ثابت عن أنس قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾. قال أبو طلحة: أرى ربنا يسألنا من أموالنا، فأشهدك يا رسول الله أني قد جعلت أرضي بريحا لله، قال: فقال رسول الله ﷺ: اجعلها في قرابتك، قال: فجعلها في حسان بن ثابت وأبي بن كعب». أخرجه في كتاب الزكاة، باب فصل النفقة والصدقة على الأقربين...، ر: ٩٩٨، ص٣٨٧.

الفقير، ولأنها جهة من جهات التمليك فاستوى فيه الغني والفقير أصله سائر التمليكات، ولأنه اكتساب بعمل فاستوى فيه الغني والفقير أصله المضاربة.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1].

❊ **والجواب**: هو أنه محمول على غير الصدقة بدليل جواز أكل الفقير لها بغير إذن صاحبها فلم يصح ما قالوه.

وروي أن رجلا وجد لقطة على عهد رسول الله ﷺ فقال له رسول الله ﷺ «تصدق بها ولا تكن لقاطا»[2]. وهذا ينفي أكلها.

❊ **والجواب**: هو أنه لا حجة فيه؛ لأنه أمره بالتصدق بذلك ونحن نأمره بذلك، لأنا نستجب له بعد التملك أن يتصدق بها.

❊ **قالوا**: ولأن اللقطة في يده على وجه الأمانة، فلم يجز له الأكل مع الغنى. أصله المودع لا يجوز له الأكل فكذلك مسألتنا.

❊ **والجواب**: هو أنا نقلب فنقول، فوجب أن لا يختلف حكم الغني والفقير في باب الأكل أصله ما ذكرتم.

والثاني: هو أنه لا تأثير لقولكم أمانة، لأنه لو لم تكن أمانة كانت بتلك المنزلة، والمعنى في الأصل أن الفقير لا يجوز له أكل الوديعة فلذلك لم تجز للغني، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما جاز للفقير الأكل والتمليك للقطة جاز للغني مباح ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ فيما عندي من مصادر.

❊ **قالوا**: اللقطة في يده على وجه الحفظ لصاحبها والاحتياط له، فلا يجوز له أن يأكلها مع الغنى عن ذلك. أصله الوصي لا يجوز له أن يأكل مال الأيتام مع الغنى فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أن الوصي لا يجوز له التصدق بمال الأيتام، فلا يجوز له الأكل، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لما جاز له التصدق جاز له الأكل.

❊ **قالوا**: ولأن الفقير إنما جاز له الأكل، لأن لصاحبها في ذلك ثوابا، وليس كذلك الغنى فإنه لا ثواب له في ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الغني إذا أكل لصاحبها في ذلك الثواب.

❊ **قالوا**: ولأنه مال جعل له النظر فيه بحظ يستحقه فلا يجوز له من غير رضا صاحبه، أصله مال المسلم لا يجوز للإمام الأكل منه إلا مع الحاجة إلى ذلك فكذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن للإمام أن يقترض من بيت مال |[١٧٨ب] المسلمين ويأكل، وليس كذلك المودع فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا إذا جاء صاحب اللقطة وأعطى علاماتها ووصف عفاصها ووكاءها(١)، لزم تسليم ذلك إليه، ولا يكلف إقامة البينة على ذلك(٢).

---

(١) العفاص: الوِعاء: يقال: عِفَاص القارورة لغِلاقها وعِفاص الراعي لوعائِه الذي فيه نَفَقته، وهو فِعال من العَفْص وهو الثَّنْى والعَطْف لأن الوعاء ينْثَنِي على ما فيه وينعطف. والوِكَاء: الخيط الذي تُشَدّ به. أراد أن يكون ذلك علامةً لِلقطَة فمن جاء يتعرّفها بتلك الصفة دفعت إليه. انظر: الفائق في غريب الحديث: ٦/٣.

(٢) انظر: المدونة: ١٥٦/٤ ـ النوادر: ٤٧١/١٠، ٤٧٢ ـ التفريع: ٢٧٢/٢.

وبه قال أحمد بن حنبل[1].

وقال ابن حبيب[2] من أصحابنا: إنه يحلف مع ذكره الوكاء والعفاص فإن نكل فلا شيء له[3]. **والمذهب** ما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة: والشافعي رحمهما الله لا يدفعها إلا ببينة[4].

ودليلنا: ما روى مالك رحمه الله، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال: «عرفها سنة فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه»[5]، وهذا نص، لأنه عليه السلام أمر بتسليمها إلى من وصف ذلك، لأنه عليه السلام علق الحكم على ذلك والحكم يدور مع دوران العلة حيث دارت.

والقياس: هو أنه أعطى العلامة والصفة، فوجب دفع ذلك إليه أصله إذا أقام البينة، ولأنا لو قلنا إنه لا يدفع ذلك إليه إلا ببينة، لأدى إلى أن يصل إلى أخذ ما ضاع من ماله، لأنه لا يمكنه الإشهاد على تضييع له والبينات مرتبة، والأصول موضوعة على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها، فوجب أن يكون في مسألتنا الحكم أن يتعلق بالتعريف

---

(١) انظر: مختصر الخرقي: ١١٠ ـ المغني: ٣٠٩/٨.

(٢) عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، أبو مروان. روى بالأندلس عن صعصعة بن سلام، والغازي بن قيس، وزياد بن عبد الرحمن، وغيرهم. سمع منه ابناه محمد، وعبيد الله، وبقي بن مخلد، وابن وضاح، وغيرهم. كان ابن حبيب حافظا للفقه على مذهب مالك، كثير الكتب. له مؤلفات في الفقه، والتاريخ، والآداب، منها كتاب الجامع، وكتاب التفسير، وكتاب المغازي، وغيرها كثير. توفي بقرطبة سنة ٢٣٧، وقيل ٢٣٨، وقيل ٢٣٩هـ الجمهرة: ٧٨٣/٢ ـ ٧٨٦، ر: ٧٢٦.

(٣) انظر: النوادر: ٤٧٢/١٠.

(٤) انظر: المبسوط: ٦/١١ ـ بدائع الصنائع: ٢٠٢/٦ ـ الأم: ١٣٧/٥ ـ مختصر المزني: ١٣٦.

(٥) تقدم تخريجه.

والصفة التي علقه بها صاحب الشريعة لا غير.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»(١).

❊ **قالوا**: وإذا ادعاها من لا يعلم أن ربها أو صاحبها وجب أن لا يسلمها إليه، لأن ذلك ليس بتسليم لربها.

❁ **والجواب**: هو أنه روي عليه السلام أنه قال: «فإن جاء بائعها»، وروي «فإن جاء من يطلبها»، وروي في حديث أبي بن كعب أنه قال عليه السلام «فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعاها فادفعها إليه»(٢) وهذا مفسر فيجب دفع ذلك إليه لأنه عليه السلام بين ذلك.

وجواب آخر: وهو أنه لو أقام البينة لدفعناها إليه وإن كنا لا نعلم أن ذلك |[١٧٩أ] مما له حقيقة، لأن العلم في الباطن لا يقع بخبر الشاهدين فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن الإتيان بصفات الشيء لا يكون ذلك طريقا إلى تسليم الشيء إليه، الدليل على ذلك؛ أنه لو كانت عنده وديعة فنسي صاحبها فجاء رجل ووصف ذلك الشيء ولم يعرف عينه، ثم جاء رجل فادعى أنه سرق منه ووصف ذلك الشيء لم يجب عليه تسليمه إليه، فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أن المسروق فإنه يعطى بالعلامة، فإنه مثل صاحب اللقطة لا يتعذر عليه إقامة البينة على ماله، وأما المودع؛ فمن أصحابنا من قال: أنه يسلم إليه إذا وصف ذلك وخرج ما عند المودع على تلك الصفة، ومن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر هذه الألفاظ عند البيهقي في السنن الكبرى، ٦/١٨٩ وما بعدها.

أصحابنا من قال: لا يسلم ذلك إليه المودع. وفرق بينهما بأن قال: إن المودع لا يتعذر عليه الإشهاد على الوديعة وقت الإيداع فلذلك لا يسلم إليه بنفس دعواه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإنسان يتعذر عليه الإشهاد في حرفته وكسبه كلما طلب أن يشتري شيئا، قال اشهدوا على حرفتي لأني أخاف أن يضيع مني، هذا ما لا يقدر عليه أحد ولا يفعله أحد، فوجب اطراح هذا القول ووجب الرجوع إلى ما ذكرناه، لا غير من إعطاء الصفة والوكاء والعفاص فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: فوصفه القطة لا يدل على أنها ملك له، لأنه يحتمل أن يكون قد سمع ذلك الوصف من الملتقط فيضبط ذلك ثم يسمع الملتقط يعرفها فجاء ووصف ذلك. وإذا احتمل ما قلناه وجب أن لا يسلم إليه.

⚜ **والجواب**: هو أن الأمر في ذلك يحمل على الظاهر، لأنه لو جاز أن يتوقف في ذلك لوجب أن يتوقف في شهادة الشاهدين، لأنه يجوز أن يكون سمعا ذلك وتزاورا عليه، فلما حمل أمرهم على الظاهر فكذلك معطي الصفة، وجب أن يحمل أمره أيضا على الظاهر من ذلك، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا مضت السنة ولم يأت طالب اللقطة فلملتقطها الخيار بين تملكها والتصدق بها أو تركها[1].

وإنما قلنا ذلك: لما روينا أن رسول الله ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[2]، وهذا لفظ إباحة وإطلاق، |[١٧٩ب] فإن شاء تصدق بها لأنه ليس عليه حفظها بعد السنة.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٥٥ ـ التفريع: ٢/٢٧٢.

(٢) تقدم تخريجه.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن عليه في ذلك ضررا ومشقة وتكلفة ، فيكون عليه الضمان ، لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه بتكلف حفظها ، وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان ، للضرورة الداعية إلى ذلك ، وإن شاء تركها أمانة في يده ، كالمودع ولا شيء عليه في تلفها ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأن قبضها لمنفعة صاحبها خالصا لا يقع له في ذلك ، فكان تلفها من ربها ، وإن شاء استلفها فتكون دينا في ذمته ، وإنما قلنا ذلك لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد ، ويكره ذلك عند الجواز أن يعسر عند مجيء صاحبها فيتعذر عليه ردها .

مسألة :

فأما إذا أخذ اللقطة ثم ردها مكانها ، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ، ضمنها إذا ردها إليه ، لأنه متعد بذلك ، لأنه قد لزمه حفظها . وأما إن كان أخذها لا على وجه الحفظ لصاحبها ، بل لينظر ويتفكر في ذلك فردها ، فإنه لا يلزمه الضمان[١] .

وقال أبو حنيفة: لا يلزم الضمان بوجه إذا ردها إلى موضعها الذي وجدها فيه[٢] .

ودليلنا: هو أنه متعد بذلك ؛ لأنه لزمه ضمانها . أصله إذا ردها إلى موضع غير الموضع الذي وجدها فيه . ولأنه استخلص مال الغير من الهلكة فإذا رده إلى الهلكة وجب ضمانه . أصله إذا استخلص مال الغير من الغرق ثم رده إلى الغرق ، فإنه يلزمه كذلك في مسألتنا مثله .

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه رده إلى موضعه ، فإذا تلف لم يلزمه ضمانه . أصله

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٥٩ ـ النوادر: ١٠/٤٧٤ ـ التفريع: ٢/٢٧٣ .

(٢) انظر: المبسوط: ١١/١٣ .

إذا أخذ من الوكيل شيئا ورده إلى الموكل.

❁ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك؛ أن ما ضيعه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ضيع مال الغير برده إلى الهلكة فأشبه ما ذكرناه.

❁ **قالوا**: ولأنه لو أخذ صيدا وهو محرم فأطلقه لم يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أنه إنما كان كذلك في الصيد، لأن الله تعالى أمره تركه في موضعه، فإن تلف فإنه لا يلزمه ضمانه. ولأن الصيد يعود إلى ما كان عليه من أصل الإباحة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه مضيعة أو مهلكة له وقد صار متعديا |[١٨٠أ] بذلك، فوجب أن يلزمه ضمان ذلك والله أعلم.

❁ مسألة:

عندنا أن حكم اللقطة في الحرم وغير الحرم سواء فله أن يأخذها على حكم الالتقاط ويتملكها بعد ذلك[١].

وبه قال أبو حنيفة[٢].

وقال الشافعي: لا يجوز تملكها إلا لمنشد لا بعد الحول ولا بعد أحوال[٣].

ودليلنا: ما روي أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[٤] ولم يخص

---

(١) انظر: المنتقى: ٦١/٨ ـ المقدمات: ٤٧٧/٢، ٤٧٨ ـ عقد الجواهر: ٨١/٣، ٨٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٢٠٢/٦.

(٣) انظر: المهذب: ٦٣٤/٣ ـ الحاوي الكبير: ٤/٨، ٥.

(٤) تقدم تخريجه.

الحرم من غيره فهو على عمومه وشموله.

والقياس: هو أنها لقطة، فوجب أن لا يفرق الحكم فيها لالتقاطها أصله سائر الأماكن.

* **قالوا:** المعنى في سائر الأماكن أنها لا تختص بما تختص به مكة، ألا ترى أن صيدها مضمون بالخبر وسائر الأماكن بخلاف ذلك.

* **والجواب:** هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأنه وإن كان في ذلك الصيد إلا أن مما طريقه الأمانات والاحتياط كله واحد، سواء كان في الحرم أو غيره، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنها أمانة فلم يفرق الحكم فيها بين مكة وغيرها أصله الوديعة وسائر الأمانات.

* **قالوا:** المعنى في الوديعة أنه لا يجوز الإشهاد عليها وليس كذلك في اللقطة لا يجوز الإشهاد عليها.

* **والجواب:** هو أنه لا يجب ذلك عندنا، ولأنها إنما تؤخذ معونة للمالك في رد ملكه عليه فصار ذلك بمثابة المعونة في رد المغصوب على صاحبه، وذلك لا يختلف باختلاف الأماكن فلم يصح ما قالوه.

* **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال في مكة: «لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا تحل لقطها إلا لمنشد يعرف ذلك، ولا يحل تملكها»[1].

* **والجواب:** هو أن هذا الخبر حجة عليكم، لأن المنشد هو المالك.

---

(١) أخرجه البخاري في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، ر: ٢٤٣٣، ٢/١٨٦.

كذلك قال أبو عبيد القاسم بن سلام[1].

فكأنه عليه السلام أراد بذلك: أنها لا تحل لغير المالك، وهو الملتقط في الحال قبل التعريف.

وجواب آخر: وهو فائدة الخبر؛ أنه عليه السلام؛ إنما خص مكة بذلك؛ لأن اللقطة توجد كثيرا في الحرم لاجتماع الناس فيه من كل فج عميق، وأنه موضع ينشد، وأن الغالب منه أن الحاج لا يعود لطلب اللقطة إن كان من أهل الآفاق فيصير |[١٨٠ب] أخذا لنفسه، فخص النبي صلى الله عليه وسلم الحرم بذلك وغلظ فيه، ونحن كذلك نقول وأن يسأل من وجد لقطة بمكة، وليس هو من أهلها أن يضمها إلى الحاكم أو إلى ثقة في الموضع، فإن لم يفعل وخاف أن يكون هو من أهل الآفاق وأخذها على شرط اللقطة جاز ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنها لقطة بمكة فلم يجز له تملكها أصله إذا كان غنيا.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأن الغني والفقير في تملكها عندنا سواء فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

والفاسق والعدل عندنا في الالتقاط سواء وتقر في يده[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

---

(١) قال أبو عبيد: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد: يعني: طالبها الذي يطلبها وهو ربها». ثم قال أبو عبيد: «فهذا حسن في المعنى، ولكنه لا يجوز في العربية أن يقال للطالب منشد، إنما المنشد المعرف، والطالب هو الناشد». غريب الحديث لابن عبيد: ٤/٩٦.

(٢) انظر: التوضيح: ٨/٣٦٦، ٣٦٧.

(٣) انظر: الدر المحتار: ٦/٤٣٥.

وقال الشافعي: لا تقر في يده إلا أن ينضم إليه عدل[1].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها ولا فشأنك بها»[2]، ولم يفرق بين أن تكون عدلا أو فاسقا، فوجب حمل اللفظ على عمومه وشموله.

والقياس: هو أن اللقطة سبب من أسباب التمليك، فاستوى في ذلك العدل والفاسق أصله سائر التمليكات.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه غير رشيد فلا تقر اللقطة في يده أصله المجنون.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان غير رشيد؛ إلا أنه ممن يصح منه التمليك بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك، وله ذمة صحيحة تتعلق الحقوق بها، فكان كالعدل سواء في باب الذمة، والمعنى في المجنون أنه لا يصح منه شيء من العقود، فلذلك قلنا لا يجوز أن يتعلق الشيء الملتقط في ذمته، لأنه لا ذمة له، لأنه لا يصح منه البيع ولا الشراء ولا شيء من العقود فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **وربما قالوا**: لأنه ليس من أهل الشهادة، فلا تقر اللقطة في يده. أصله ما ذكرناه.

⚜ **والجواب عنه ما تقدم فأغنى عن إعادته والله أعلم.**

❖ مسألة:

عند مالك رحمه الله، أن من رد آبقا إذا كان ذلك عادته وطلب الأجرة على ذلك فله جعله بقدر مبلغ غناه وتعبه[3].

---

(١) انظر: المهذب: ٦٤٩/٣.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المدونة: ٤٥٨/٤، النوادر: ٤٨١/١٠.

وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام استحق أربعين درهما، وإن رده من أقل من ذلك استحق بقدر ذلك[1].

وقال الشافعي: إذا تطوع بذلك فإنه لا يستحق عليه جعلا[2].

ودليلنا: هو أنه رد آبقا فجاز له المطالبة بالجعل أصله إذا شرط ذلك.

|[١٨١أ] ❊ **قالوا**: المعنى فيه إذا شرط ذلك أنه استحقه بالشرط، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ما شرط ذلك فلا يستحق شيئا.

❊ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا وطئ امرأة أو غصبها على الوطء، فإنها ما شرطت ومع ذلك استحق المهر، وكذلك المفوضة بضعها ما شرطت، ومع ذلك إذا أتلفت منفعتها استحب الصداق وإن لم تكن شرطت ذلك، فكذلك في مسألتنا يجب أن تكون مثله، لأن منافعه تلفت أيضا في هذه المسافة، فإذا طلب ذلك وجب له.

ولأنه عندهم لو رده من دار حرب استحق الجعل فكذلك في مسألتنا مثله على أحد قوليهم. ولأنه له دفع ثوبا للقصار، وقال له اقصره، فقصره له، فإنه يستحق عليه بذلك الأجرة وإن لم يشترط فكذلك في مسألتنا مثله، والعرف والعادة بذلك جرت، **وما كان العرف والعادة له شاهد فهو كالمشروط**. وقد ثبت أن ذلك يجب له بالشرط فكذلك بالعرف الذي بشهد له، لأنه إذا كان معروفا بذلك ومعاينته ذلك فهو كالقصار والمزين وصاحب الحمام والخياط وكل أصحاب هذه الصنائع أمرهم محمول على العرف والعادة، فكذلك هذا الذي حبس نفسه لرد الضوال مثله.

---

(١) انظر: المبسوط: ١١/١٧، ١٨.

(٢) انظر: الأم: ٥/١٤٤ ـ الحاوي الكبير: ٨/٢٩.

واحتج بأن قال: لأنه رد مال من غير شرط جعل فلم يستحق عليه شيئا أصله إذا رد ضاله.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما عندنا رد ضالة من الإبل أو ضالة من العبيد، فإن الحكم في ذلك كله سواء أقر أنه استحق على ذلك كله جعلا إذا طلبه.

❊ **قالوا**: ولأنه اصطناع معروف فلم يستحق عليه جعلا، أصله إذا أعانه على بناء أو خياطة أو غير ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه إذا لم يطلب ذلك، ولأنه لا يمتنع أن يكون ذلك اصطناع معروف، ومع ذلك إذا أتلفت منافعه فيه استحق العوض، ألا ترى أن المفوضة قد فعلت معروفا وأمرا جميلا وإن أسقطت حقها، ومع ذلك إذا أتلف عليها البضع بالوطء استحقت العوض فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى فيها إذا عاونه على الخياطة والبناء وكانت صناعته ومعيشته وطلب منها أجرا على ذلك، فإنه يستحق ذلك عليه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.



كتاب الغصب

|[١٨١ب] وإذا أتلف على غيره شيئا ظلما لزمه ما أتلف[١].

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢].

وقال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وروي أن النبي ﷺ قال: «طعام بطعام وصحفة بصحفة»[٢].

ولأنه أتلف ملك غيره بغير استحقاق عينه، فوجب أن يلزمه بدل ما أتلف، ولأن الإبدال في المتلفات كالقصاص في النفس، وقد قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

ومعناه أن القاتل أو الخارج إذا علم أنه يفعل به بمثل ما فعل أنه يدع عن فعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه، فكان في ذلك حياة النفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم على بعض، فكذلك الجناية على المال، لو لم يحب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على أموال بعض، إذ لا بدل يلزمهم، فلذلك لزم البدل

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٧٤.

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب إذا كسر قصعة، ر: ١٣٥٩، ٣/٦٣٢. وقال حديث حسن صحيح.

في ذلك عليهم.

فَصْل

إذا ثبت ما قلناه فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه.

والبدل نوعان: مثل من طريق الخلقة والصورة، ومثل من طريق القيمة، فأما الذي من طريق الخلقة والصورة؛ فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئا مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب والفضة والحديد والصفر والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات، ولا يلزمه في جميع ذلك القيمة. وإنما كان كذلك؛ لأن القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة، لأن ذلك ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف، والمتلف من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه، فكان ذلك كالاجتهاد مع وجود النص، لأن ذلك لا فائدة فيه فكذلك ههنا.

والنوع الثاني: وهو ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزم بإتلاف جميع ذلك قيمته دون مثله من جنسه[1].

ومن الناس من قال: يلزمه مثله من جنسه[2].

وإنما قلنا ذلك لما ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد»[3]. ثم أوجب فيه القيمة دون المثل، فكان ذلك أصلا في باب القيمة.

ولأن كل ما لا يكال ويوزن، فالغرض |[١٨٢أ] منه أعيانه فوجب فيه الغير،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ التفريع: ٢/٢٧٤.

(٢) قاله عبد الله بن الحسن العنبري، انظر المغني: ٧/٣٦١.

(٣) أخرجه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبدا بين اثنين أو أمة بين الشركاء، ر: ٢٥٢٤، ٢/٢١٤، ومسلم في كتاب العتق، باب من أعتق عبدا له في شرك، ر: ١٥٠١، ص ٦٠٩.

وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، فدل على الفرق بين ما له مثل وما لا مثل له.

فَصْل

والقيمة المعتبرة في جميع ذلك يوم التعدي والجناية لا يوم الحكم[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحكم متعلق بذمته بالتعدي لا بالحكم، لأن مطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه، وإنما ينكشف بالحكم مقدار ما انشغلت به ذمته لا غير.

فَصْل

ولا يراعى في ذلك ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعى في السرقة[2]، وإنما كان كذلك؛ لأن القيمة تعلقت بالذمة تعلقا مُنْبَرِمًا حين التعدي، فلا يؤثر في ذلك تغير الأسواق لا بزيادة ولا بنقصان لما ذكرناه.

مسألة:

والجناية على ضربين:

جناية تبطل يسيرا من المنفعة، وجملة المقصود من السلعة باق وهذا يجب فيه ما نقص، وذلك بأن تقوم في وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجاني ما بين القيمتين، وإنما كان كذلك؛ لأن الذي يلزمه بدل ما أتلف، والإتلاف إنما كان لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه.

والضرب الثاني: جناية تبطل الغرض المقصود من الشيء الذي يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة، فهذا يكون صاحبه مخيرا إن شاء أخذ ما بين

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ النوادر: ١٠/٣٣١ ـ التفريع: ٢/٢٧٥.

(٢) انظر: النوادر: ١٠/٣٣١ ـ التفريع: ٢/٢٧٥.

قيمته صحيحا أو معيبا وإن شاء سلمه وأخذ قيمته، وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يريده لبعض المنافع فيتعدى عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه غرضه الذي يراد له في العادة، وكذلك المركوب الذي يراد للتجمل والركوب بقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل له غرضه المقصود، وإن كان يبقى فيه استعمال في الحمل أو ثقل تراب أو ما أشبه ذلك[1]. هذا مذهبنا في هذه المسائل.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تلزمه ما بين القيمتين[2].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] الآية، وهذا ظالم أتلف غرضا مقصودا، فوجب أن يكون السبيل عليه.

❊ **قالوا:** فنحن نلزمه ما أتلف، وهو ما بين قيمته صحيحا ومعيبا.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن غرضه قد فات من غير ماله بإتلاف ذلك الشيء المقصود منه فوجب أن يلزمه قيمة جميعه.

والقياس: هو أنه أتلف عليه غرضه المقصود منه، فوجب أن يلزمه ضمانه. أصله إذا |[١٨٢ب] حرقه وأتلف جميعه.

❊ **قالوا:** فيلزم عليه إذا وطئ الأب جارية ابنه فقد فوت على الأب غرضه المقصود من الوطء، ولا يجب عليه قيمتها.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يجب على الأب قيمة الجارية يوم وطئها، فلا فرق بين ذلك وبين مسألتنا، فإن كان له مال أدى قيمتها إلى الابن، وإن لم يكن له مال بيعت عليه إن لم تكن حملت، ولا يجب على الأب عندنا مهر بوطئه جارية ابنه بشبهة، وإنما يلزمه ما ذكرناه من القيمة فلم يصح ما قالوه.

---

(١) انظر: المدونة: ١٧٨/٤، ١٧٩ ـ النوادر: ٣٣٢/١٠ وما بعدها.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١١٧ ـ مختصر المزني: ١١٧.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، وهو إذا قبلها وجربها إنما لزمه كمال قيمتها، لأنه ما بقي هناك عين ينتفع بها وليس كذلك في مسألتنا، لأن العين باقية ومنافع كثيرة موجودة فيها، إن كان قد فقد الركوب فالجمال فيها موجود، فوجب أن لا يلزمه كمال قيمتها.

⚜ **والجواب**: هو أنا قد بينا أن غرضه المقصود قد أتلفه عليه.

والثاني: هو وإن كان كذلك أيضا فإن ههنا منافع مثل أن يطعمها كلابه وبقراته ويأخذ جلدها فيدبغها فينتفع بذلك أو يطعم لحمها للمضطرين، فلما لم تقولوا ذلك، بل أوجبتم وأوجبنا كمال القيمة بالإتلاف ولم يراعوا ما بقي بعد ذلك من المنافع دل على أن الضمان إنما وجب لأجل ما قلناه لا لما ذهبتم إليه.

واحتج بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] الآية.

⚜ **والجواب**: هو أن الآية تقتضي أن يتلف على الجاني مثل ما أتلف، فإن كان له مركوب عملنا به بمثل ما عمل، وهذا غير مراد بالإجماع. بقي أن يكون المراد بذلك قيمة الشيء الذي أتلف الغرض منه، لأن هذا هو المتلف لا ما ذكرتموه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه فعل لو أوقعه في حق غير القاضي لم يلزمه به ضمان القيمة فكذلك في حق القاضي، أصله إذا جنى على عبده أو ولده.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم الفرع، لأنه لا يختلف الحكم فيه بين أن يكون القاضي أو لغيره إذا كان له في ذلك غرض فلم يصح ما قالوه، وأما الدار إذا أتلف عليه منها جزءا إنما لم يلزمه بذلك كمال القيمة، لأن القصد منها السكنى وذلك لا يفوت بفوات جزء منها، وليس كذلك في مسألتنا، لأن

المقصود منها قد تلف لا سبيل إلى ارتجاع ذلك، ولا يمكن تلافيه، فهو كما لو أتلف جميع الدار بأن خربها وأحرقها فإنما تلزمه كمال قيمتها فلم يصح |[١٨٣أ] ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن المنافع المقصودة من الركوب لا تفوت بقطع ذنبه، وإنما يستنكف مثل هذا لشيء يعود إليه وقلة مروءة، وهذا لا يتعلق به ضمان القيمة كلها، ألا ترى أن من سود ثياب القاضي ولونها عليه فإنه لا يلزمه كمال قيمتها وكذلك في دابته مثل ذلك.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه إن كانت بقيت في ذلك منافع إلا أن ذلك لا يمتنع من كمال القيمة كما قلناه فيه إذا قتلها، فإنه قد بقي فيها منافع بعدئذ، ومع ذلك يلزمه كمال القيمة.

والثاني: هو أنه يجوز أن يقال أن القاضي والقاضي يستويان فيما طريقه الإتلاف في أنفسهما، لأن القصة من القاضي صحة عقله ومعرفتة مواضع الأحكام وعفته ونزاهته، فإذا جنى عليه جاني استوى هو والعامي في ذلك، إذا الغرض باق منه مع إتلاف عضو منه، وليس كذلك إذا أتلف عليه ماله فيه غرض مقصود فإنه لا سبيل إليه، فيجوز أن يقال إنه يجب كمال قيمته، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

❊ مسألة:

عندنا إذا فقأ عين دابة وجب عليه ما يقتص من قيمتها[١].

وبه قال الشافعي[٢].

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٣ ـ النوادر: ١٠/٣٣٧، ٣٣٨.

(٢) انظر: الحاوي الكبير: ٧/١٣٩، ١٤٠.

وقال أبو حنيفة: إذا فقأ عين دابة وجب عليه ربع قيمتها[1].

ودليلنا: هو أنها جناية على دابته، فوجب أن لا يضمن عقد. أصله الجناية على أطرافها، وإن شئت قلت: جناية على غير أدمي، فوجب أن لا يضمن مقدار أصله ما ذكرناه من الأطراف أعني البهيمة.

وقياس آخر: وهو أنها بهيمة لا تضمن أطرافها بمقدر، فلا تضمن عينها بمقدار، أصله الغنم وسائر الطيور الزجاج وغير ذلك.

ولأن الدابة لو كانت مما تضمن عينها بمقدار لكانت أطرافها بهذه المنزلة أيضا، ألا ترى أن الآدمي لما ضمنت أطرافه بمقدار كانت عينه أيضا مضمونة بمقدار، ولأن عين التهمة لو كان مضمونا بمقدار لوجب أن تضمن بنصف قيمتها كالآدمي الذي يضمن عينه بنصف دينه. ولما ثبت وتقرر أنه يضمن ذلك بربع قيمتها دل على أن هذا الاعتبار لا يصح وليس بقياس.

واحتج بما روى الحجاج بن أرطاة عن الحكم «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه اجتمعا |[١٨٣ب] على أن على عين الدابة ربع قيمتها»[2].

وهذا تقدير منهما بذلك فوجب الرجوع إليهما في ذلك.

❁ **والجواب**: هو أن راويه الحجاج بن أرطأة، فقد قيل: إنه من مدلسي الكوفة، فلا يلتفت إلى ما رواه.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب لا يملك أحد بالجناية، ٩٨/٦، وقال منقطع، وانظر: البدر المنير: ٧٧٤/٦.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وعند ابن أبي شيبة في مصنفه عن شريح قال: «أتاني عروة البارقي من عند عمر أن في عين الدابة ربع قيمتها». أخرجه في المصنف، ما جاء في عين الدابة، ر: ٢٧٩٦٨، ٢٧٦/٩.

وجواب آخر: وهو أن ذلك لو كان صحيحا لاشتهر وعرفناه كما عرفتم، ولو صح لاحتمل أنهما أوجبا فيه ضمان ما نقص فبلغ ذلك ربع قيمتها، ومثله روى بعض الصحابة أنه قضى في العين القائمة ثلث الدية، ولم يكن ذلك من جهة التقدير، وإنما كان ذلك من جهة الحكومة، فبلغ ذلك ثبث الدية فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه حيوان يسهم له من الغنيمة فجاز أن يضمن عنه بمقدار أصله الآدمي.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ أن الدابة يسهم له وإنما أسهم لصاحبها لما يلحقه عنها ممن المؤونة لأجلها.

والثاني: أنا لا نسلم أن العلة في الأصل ما ذكرتم، وإنما العلة فيه كونه آدميا، ألا ترى أن العبد والمجنون والمرأة والذمي والصبي؛ هؤلاء كلهم تضمن أعينهم بمقدار وإن كانوا لا يستحقون من الغنيمة شيئا.

والثالث: أنا نقلب فنقول؛ فوجب أن لا يتقدر بربع الغنيمة أصله الآدمي، أو فوجب أن يكون أطرافه وعينه سواء أصله ما ذكرتم، وعلى أن المعنى في الآدمي أن أطرافه مضمونة بمقدار لشرفه وكرمه، والله تعالى كرمه فقال: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وهذا المعنى لا يوجد في البهيمة فافترقا.

❊ **قالوا**: ولأن الحيوان على ضربين: آدمي وغير آدمي، وقد ثبت أن الآدمي منه ما تضمن عينه بمقدار وهو الحر، ومنه ما لا يضمن بمقدار وهو العبد، فكذلك غيره أيضا يجب أن يكون مثله، وتحريره أنه أحد نوعي الحيوان، فجاز أن يكون منه ما تضمن عنه بمقدار أصله الآدمي.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن البهيمة لا ترد إلى الآدمي بوجه

ولا سبب، لأنه لا مشابهة بينهما ولا مناسبة، والمعنى في الآدمي ما ذكرناه، وأن جميع أطرافه تتقدر وليس كذلك البهيمة فافترقا والله أعلم.

مسألة:

والشيء المغصوب مضمون باليد، فمن غصب شيئا |[١٨٤أ] فقد ضمنه إلى أن يرده.

فإن رده كما غصبه سقط منه الضمان ولزم المالك قبول ذلك. فأما أن تلف عنده بوجه من وجوه التلف، ضمنه بقيمة يوم الغصب، إما بمثله إن كان له مثل، أو بقيمته إن كان لا مثال له، أي نوع كان؛ من ذهب أو فضة أو متاع أو عروض(١).

وقال الشافعي: يجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف(٢).

ومثال ذلك عنده: أن يكون الشيء المغصوب يساوي مائة حال الغصب ثم صارت قيمته ألف درهم عند الغاصب في بعض المدة ثم نقصت فإنه يلزمه الألف.

ودليلنا: هو أنها زيادة في القيمة من جهة السوق، فوجب أن لا يلزم الغاصب. أصله إذا كانت العين باقية، فإنه لا يلزمه أكثر من تسليمها، وإن كانت للأسواق قد اختلفت عينها، فلذلك إذا كانت معدومة فوجب أن لا يلزم الغاصب إلا قيمتها يوم الغصب.

ولأن الغصب هو النقل والتحول وذلك لم يوجد إلا يوم الغصب، فأما

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ النوادر: ١٠/٣٣٠ ـ التفريع: ٢/٢٧٤.

(٢) انظر: مختصر المزني: ١١٧ ـ المهذب: ٣/٤١٣ ـ الحاوي الكبير: ٧/١٤٦.

بعد ذلك فلا يقع عليه هذا الاسم فلا تضمنه قيمة لم تكن في يوم الغصب ، لأنه لو كان يجب أن يضمن الزيادة لوجب أيضا إذا كانت تساوي عشرة ، ثم نقصت قيمتها فصارت إلى خمسة لوجب أن يأخذ بخمسة ، ولما لم يقل ذلك بل أخذناه بقيمتها يوم الغصب ، ولم يعتبر النقصان في الثاني فكذلك الزيادة مثل ذلك.

❊ **واحتج** بأن قال: لأن استدامة الغصب كابتدائه ، الدليل عليه ؛ أنه يطالب بالرد وترك الغصب ويقع عليه اسم غاصب وظالم وآثم والحيلولة حاصلة من جهته كحالة الابتداء ، فيجب أن يكون الشيء عليه مضمونا بقيمته من ذلك الوقت كما كان ذلك في الابتداء.

❊ **والجواب**: هو وإن كان يسمى بذلك ، وهو آثم وغاصب وظالم ، إنما سمي بذلك لأجل أخذه ما لا يستحقه ، والقيمة عليه مستقرة يوم الغصب ، فإن رد العين كما كانت يوم الغصب فقد زال عنه الضمان وزال عنه الاسم ، فإن تلفت ألزمناه قيمتها يوم غصبها ، والمتلفات كلها على ذلك بقدر لأن ذلك كان وقت العدوان فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا غصب دارا أو ثوبا أو عبدا أو دابة فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب ولا استخدام ولا لبس |[١٨٤ب] ولا غيَّر ذلك ولا بإكراه وأغتله ، فلا شيء عليه ، ولا يطالب بأجرة المدة التي بقيت العين المغصوبة في يده[١].

وبه قال أبو حنيفة[٢].

وقال الشافعي: المنافع مضمونة بالغصب ويؤخذ منه ذلك للمدة التي

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ النوادر: ١٠/الرسالة: ١٣٧ ـ الكافي: ٤٣٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١١٨ ـ المبسوط: ١١/٧٦.

بقيت العين في يده[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]، وهذا الغاصب ما رد العين على ما أخذها فهو محسن بذلك، فلا يجب أن يطالب بشيء آخر، لأنه فعل ما وجب عليه وهو يرد العين المغصوبة إلى صاحبها.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»[2]، وهذه العين مضمونة عليه يوم الغصب فلا يلزمه ضمان بالغصب.

والقياس: هو أنها منافع تلفت تحت يد الغاصب من غير أن ينتفع بها ويأخذ لها بدلا، فوجب أن لا يضمنها أصله بضع الأمة. قال لا يمتنع أن تكون هذه منفعة وهذه منفعة وإحداهما تضمن وإن لم تضمن الأخرى، كما أن الحر عين والعبد عين ثم أحداهما يضمن بالغصب وهو العبد، والحر لا يضمن فكذلك في مسألتنا يجوز أن لا يضمن بضع الأمة وتضمن منافعها.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن عندنا إن انتفع بمنافع الأمة أو العبد، فإنه يلزمه لذلك أجرة بأن لم ينتفع لم يلزمه شيء.

والثاني: هو أن عين العبد وإن ضمنت لأنها عين تقبل بالضمان والحر لا يضمن باليد، وإن كان يضمن بالجناية فلم يصح ماقالوه.

وقياس آخر: وهو أنها منافع لم تستوف من العين المغصوبة فلا يضمنها الغاصب أصله منافع البضع، وهو أن يحبس حرة فلم يمكنها من التزويج ومضى لذلك مدة من الزمان، فإنه لا يضمن ذلك كذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في البضع إنما لم يضمن بالغصب، لأن تلك المنافع

---

(١) انظر: مختصر المزني: ١١٧ ـ المهذب: ٤١٢/٣.
(٢) تقدم تخريجه.

لا تنحصر ولا يمكن تقديرها ولا يدري كم أتلف من ذلك، وليس كذلك المنافع التي هي الاستخدام، ولأن ذلك يتجزأ ويتبعض ويعلم قدر ذلك فوجب أن يلزمه ضمان ذلك.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه كان يجب أن تقولوا، إنه يجب عليه الشهر أواخر الأجل فوات عطية واحدة كما قلتم في النكاح الفاسد في مقابلة وطأة واحدة، وهنا قلتم إنه لا يجب عليه بذلك شيء دل على أن المنافع لا تضمن إلا بالانتفاع لا غير.

❊ **قالوا:** في منفعة البضع أنها لا تفوت بفوات الزمان، ألا ترى أن كل ما حرم الله من الزمان لا يستحق في مقابلة جزء من المهر، بخلاف منفعة الخدمة، |[١٨٥أ] فإنها تفوت بفوات الزمان.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما لأنه إذا حبس حرة ومنعها من التزويج زمانا من الأزمان فقد فوت منافع بضعها، وما من جزء من الزمان يمر بثمن إلا وقد فوت ذلك عليها ومع ذلك لا يلزمه ضمان ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن الأجرة في المنافع إنما يجب بوجود المنافع واستيفاء ذلك، وههنا ما يستوفي شيئا فلا يجب عليه ضمان ما لم يستوفه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المنافع لا يتناولها اسم المال ؛ لأنها معدومة في الحال وتعدم بعد وجودها، والتمول لا يصح فيها، وإذا كان التمول لا يصح فيها وجب أن لا يلزم ضمان ذلك، ولأن ما لا يضمن بالغصب منفعة بضعه لا تضمن بمنفعة خدمته، أصله الحر إذا حبسه.

❊ **قالوا:** لا نسلم ؛ لأن عندنا إذا حبس حرة فاستكتبها واستخدمها، فإنه يجب عليه أجرة مثلها وإن لم يستخدمها، فهل يضمن منفعة خدمتها أو لا فيها،

فيها وجهان: أحدهما إن ذلك يلزمه. والثاني: لا يلزمه، وإن سلمنا؛ فإن الحرة يده ثابتة على منافعها، والأمة بخلاف ذلك.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحرة إذا حبسها مدة من الزمان ولم يستكتبها ولا استخدمها إلا أنه قد فوت بذلك عليها منافع بضعها، لأنه منعها من أن تتزوج وتأخذ لذلك بدلا، ولا تستحق إبدال عليه شيئا في فوات ذلك عليها، فكذلك في مسألتنا، وأما ما ذكروه من الأمة فإنها بخلاف الحرة، لأن منافعها يملكها الغاصب فإن ذلك غير صحيح؛ لأنه مال ينتفع بذلك فلم يملك شيئا، لأن الملك إنما يطلق على ما يمكن تملكه، وأما ما لم يخلق فلا يصح وصفه بذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❁ **واحتج** بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] الآية.

❁ **والجواب**: هو أن هذه الآية لا حجة فيها؛ لأنه إنما أراد بذلك الجنايات على النفوس، ألا تراه أنه أضاف ذلك إلينا.

والثاني: هو أن الآية تفيد بإطلاقها أن يُعتدى على الغاصب وأن يؤخذ منه كما فعل بواحد مثل ما أخذ فلم يصح ما قالوه.

والثالث: هو أن الآية تفيد أيضا أن يؤخذ منه مثل ما أخذ، والغاصب ما أخذ منفعة ولا انتفع فلا يؤخذ منه لأجل ذلك شيء.

❁ **قالوا**: ولأن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب أن يضمن بالغصب أصله الأعيان.

❁ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه البضع، فإنه يضمن بالمسمى في العقد

الصحيح فلا يضمن بالحبس فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا انتفع |[١٨٥ب] واستغل، فإنه يلزمه أجرة ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك، وعلى أن المعنى في الأعيان أنها أموال ويقع التصرف فيها، فلذلك ضمنت بالغصب، وليس كذلك المنافع لأن اليد لا يثبت عليها فم يجز اجتماعها كذلك في باب الضمان.

❊ **قالوا:** ولأن الغصب سبب يضمن له أعيان الأموال فتضمن به منافعها أصله عقد الصحيح.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه البضع. والثاني أنا نقول بموجبه وهو إذا انتفع فإنه يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك، والمعنى في الأعيان أنها تملك بالتصرف فيها وليس كذلك المنافع لأنها معدومة، وضمان ما لم يوجد ولم يخلق لا يجوز كالأعيان إذا كانت أيضا معدومة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنه أتلف عليه ما يتقوم بغير رضاه وهو من أهل الضمان في حقه، فوجب أن يلزمه ضمانه أصله إذا أتلف عليه عينا.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه. والثاني أنا نقول بموجبه، والمعنى في الأعيان ما تقدم ذكره فأغنى عن إعادته وإطالته.

❊ **قالوا:** ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان، والدليل على ذلك؛ أنها تضمن في العقد الصحيح وبالمثل في العقد الفاسد، ويدخلها البدل والإباحة وتملك بالإرث والوصية ويصح بدل المال في مقابلتها، فإذا ثبت الغصب في الأعيان فكذلك في المنافع.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن المنافع لا تجري مجرى الأعيان،

لأن الأعيان موجودة ومشار إليها، والمنافع معدومة، وإذا وجدت عدمت في الحال، فكيف يجوز أن يقال إنها مثل الأعيان، فلم يصح هذا الكلام.

والثاني: هو إن كان كذلك؛ فلم أجريتموها مجرى الأعيان، فكان يجب أن تضمن منافع البضع، لأنها منفعة مقصودة، فلما منعتم من ذلك دل على أن المنافع لا تشبه الأعيان بوجه ولا سبب.

وجواب آخر: وهو أنا نضمنه ذلك إذا انتفع، وأما إذا لم ينتفع فإنه ما استوفى شيئا ولا يضمنه مالم يحصل في يده، ألا ترى أن العين لما حصلت في يده قلنا إن كانت موجودة ردها، وإن لم تكن موجودة ألزمناه ضمان قيمتها، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأن **المنافع آكد في باب الضمان من الأعيان**، ألا ترى أن عين الحر لا يصح العقد عليها ومنفعته يصح العقد عليها، فقد ثبت أن العين تثبت بالغصب فكذلك المنفعة.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن البضع أكد في باب الضمان، بدليل أنه لا يستباح |[١٨٦أ] إلا بمال، وسائر ما ذكرتموه يستباح بالعارية والوصية والهبة وغير ذلك، ومع ذلك لا يضمن الغاصب ذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم بالصواب.

❊ مسألة:

وإذا سكن الدار المغصوبة إما بنفسه أو أجّرها من غيره وأخذ الأجرة لنفسه، أو كانت دابة فركبها أو عبدا فاستخدمه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان:

فقال في الربع إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل ، وإن أكراها من غيره لزمه غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل ، وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة ، وفي الرقيق والدواب لا رجوع للمالك على الغاصب ، لا فيما ينتفع بنفسه ولا فيما أكراه واغتله .

وقد قيل: فرق بين ذلك كله ، فيرجع المالك عليه بإكراء ما أكراه وغلته .

وروي عن مالك رحمه الله: أن المالك لا يرجع شيئا أصلا لا من أجره ولا من كراء ، إلا بما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكراه من كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها ، وأن المنافع بالضمان(١) .

وهو قول أبي الفرج المالكي(٢) من أصحابنا .

وهو قول أبي حنيفة(٣) .

وقال الشافعي: جميع ذلك مضمون على الغاصب سواء انتفع أولم ينتفع(٤) .

والدليل لقول مالك رحمه الله ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:» الخراج بالضمان«(٥) .

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٨٠ ـ النوادر: ١٠/٣٥٠ ـ التفريع: ٢/٢٧٦ ـ البيان والتحصيل: ١١/٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٨٣ .

(٢) أبو الفرج الليثي القاضي المالكي بن محمد بن عبد الله البغدادي ، نشأ ببغداد وأصله من البصرة ، صحب إسماعيل وتفقه معه ، وكان من كتّابه فيما ذكر ، وصحب غيره من المالكيين ، وولي قضاء طرسوس وأنطاكية والمصيصة والثغور ، وكان فصيحاً لغوياً فقيهاً متقدماً ، ولم يزل قاضياً إلى أن مات سنة ثلاثين وقيل إحدى وثلاثين وثلاثمائة. الجمهرة: ٢/٨٨٦ ، ٨٨٧ ، ر: ٨٥٣ .

(٣) انظر: المبسوط: ١١/٥٠ ، ٥١ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٥٠ .

(٤) انظر: المهذب: ٣/٤١٢ .

(٥) تقدم تخريجه.

وأراد بذلك عليه السلام، الغلة والمنفعة، وفي مسألتنا الضمان على الغاصب، فيجب أن تكون الغلة له.

❊ **قالوا**: فهذا الخبر ورد على سبب، وذلك أن رجلا ابتاع عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فأراد رده في زمن عمر بن عبد العزيز.

وروى غيره عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا أن الخراج بالضمان»[1] فوجب أن يقتصر على سببه الذي ورد فيه.

❊ **والجواب**: هو أن أصحابنا اختلفوا في مثل هذا، فمنهم من قال: لا يقض على سببه. ومنهم من قال: يجب أن يحمل على عمومه وشموله، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنها إحدى منفعة العقود، فوجب أن لا يضمن ذلك أصله منفعة البضع، فكذلك الاستخدام والغلة مثله، بل البضع آكد من الاستخدام. الدليل على البضع الآكد أنه لا تدخله الإباحة بوجه ولا سبب، وإن كان يدخل في سائر المنافع، فإذا لم يجب الضمان في الذي هو آكد فأولى أن لا يجب فيما هو دون من ذلك.

ولا معنى لقولهم أن منفعة البضع لا تنحصر ولا تتقدر، لأنه لا يعلم ما أتلف من ذلك، لأن المنافع أيضا في الخدمة |[١٨٦ب] بهذه المثابة، لأنها معدومة كمنافع البضع، ثم توجد ثم تعدم فلا فرق بينهما بوجه ولا سبب.

وقياس آخر: وهو أنها منفعة حيوان فلا تضمن بالغصب. أصله إذا غصب حرا فإن منافعه لا يضمنها فكذلك في مسألتنا مثله.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب الرد بالعيب والخراج بالضمان، ٥/١٣٧.

❊ **قالوا:** والمعنى في الحر أن يده ثابتة على منافعه، فلذلك لم يضمن ذلك الغاصب وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو وإن كانت يده ثابتة على منافعه، إلا أنه في حال كون مغصوبا أو محبوسا لا يقدر أن يؤاجر نفسه، فقد تلفت منافعه بعدم قدرته على التصرف فيها، ومع ذلك لا يلزم الغاصب بدل ذلك، وكذلك في مسألتنا مثله، ولا فرق بينهما.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[(١)].

⚜ **والجواب:** هو أنا كذلك نقول؛ وأنه يجب أن يرد ما أخذ إن كان موجودا رده بعينه، وإن كان مال مثل رد مثله، وإن كان مما لا مثل له رد قيمته فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن ما كان مضمونا بالبدل في العقد الفاسد كان مضمونا بالغصب أصله العين. وبيان ذلك أن الرجل إذا اشترى عينا شراء فاسدا فتلفت في يده ضمنها بالقيمة، وكذلك إذا استباح منفعة إجارة فاسدة فاستوفاها ضمنها بأجرة المثل فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه من جنس امرأة حرة حتى تلفت منافع بضعها على مالك ذلك، فإنه لا يلزمه ضمان ذلك، وإن كانت منافع البضع مضمونة في العقد الفاسد.

وعلى أن المعنى في الأعيان مع التصرف فيها وثبتت اليد عليها وليس كذلك في مسألتنا، لأن المنافع معدومة لا تملك ولا تستقر اليد عليها، وكذلك

(١) تقدم تخريجه.

يلزم أيضا على ما قالوه منافع الحر، وهو إذا حبسه عن التصرف، ولأنا نقول بموجب ما قالوه في العقار، وعلى قول بعض أصحابنا إذا انتفع بذلك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن المنافع أوسع من ضمان العين، بدليل أن أم الولد لا تضمن بالعقد وتضمن ما فيها بالعقد.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا غلط بين عليها، وذلك أن أم الولد لا تملك السيد من الوطء، فإنه لا يستحق على الغاصب شيئا، ولا يستحق عليه عوض بضعها فلم يصح ما قالوه.

ولأنا قد بينا أن البضع آكد من سائر المنافع فإذا لم يضمن الآكد بالغصب وجب أن لا يضمن الأدون، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

| [١٨٧أ]

فَصْلٌ

وأما وجه ما فرق ابن القاسم بين العقار والحيوان: هو أن الحيوان غير مأمون، لأن التغير يسرع والتلف يجوز عليه، فيمكن أن يتلف باستعماله، فلذلك قلنا إنه يلزمه قيمته، وليس كذلك العقار، لأنه مأمون في الغالب، ولأن الحيوان يحتاج إلى نفقة ومؤنة، والغاصب لا يرجع فيما أنفق عليه فكذلك المنافع غير مضمونة عليه، والرباع ترجع فيما أنفق عليها أو عمر فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتل.

ووجه التفرقة بين أن ينتفع بنفسه وبين ما أكراه واغتله في الحيوان والرقيق؛ هو أن ما أكراه عوض في منافع ملك الغير، فكان ذلك كالعين القائمة فلزمه ردها وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضا يستحق رده عليه، ولأنه إن أتلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئا يغرم منه، فإذا أكراه ثم

تلف فقد اعتاض من الكراء الذي يغرمه.

ووجه القول أن المنافع لا تضمن أصلا، ما بيناه أولا في المسألة المتقدم ذكرها فأغنى عن إعادته.

ووجه القول أنه يلزم جميع ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1].

والجواب: هو أنا قد بينا أن هذه المنافع لا تسمى مالا، لأنهما ما لا يتمول وإنما يتمول الأعيان، والقياس: هو أنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة ملك، فلزمه قيمة ما انتفع أصله إذا ابتدأ الاستخدام والسكنى من غير غصب، هذا وجه هذا القول وقد تقدم. والجواب عن جميع ذلك فأغنى عن إعادته.

مسألة:

عندنا إذا زاد الشيء المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة من تعليم صناعة أو زيادة سوق وما أشبه ذلك، فللمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجرة عليه لما علم من ذلك.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن المالك لم يأذن له في ذلك، وليس ذلك بعين فيمكنه ارتجاعه، فأما إذا زادت عنده بسمن ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغاصب فرده على الحال التي غصب عليها يوم الغصب، أخذه المالك ولا ضمان على الغاصب[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ النوادر: ١٠/٣٤٤ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٧٦.

(٣) انظر: المبسوط: ١١/٥٤ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٤٣.

وقال الشافعي: الزيادة مضمونة على الغاصب[1].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفس منه»[2] وهذا ما طابت نفسه، فوجب أن لا يلزمه.

والقياس: هو أنه مغصوب عاد إلى ||[١٨٧ب] يد صاحبه كما كان، فوجب أن لا يلزم الغاصب غير ذلك أصله إذا لم يزد عنده سمن ولا رفاهية، فإنه لا يجب عليه غير ذلك، فكذلك في مسألتنا إذا زادت ثم نقصت وردها على ما كانت عليه.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة حصلت في يده بغير فعله وتلفت من غير صنعه ولم توجد المطالبة من جهة من له المطالبة فلا يجب عليه ضمان ذلك، أصله إذا ألقت الريح ثوبا إلى داره وتلف فإنه لا يلزمه ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** لا نسلم أن الثوب يحصل في يده إذا ألقته الريح في داره حتى يأخذه بيده، ويكون ذلك من فعله، وبهذا نقول إذا عشش طائر في دراه فإنه لا يصير تحت يده، حتى أنه لو أخذه أجنبي كان أحق به من صاحب الدار، وكذلك لو طارت سمكة في سنارته لا تثبت يده عليها حتى يأخذها.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا كله لا يصح؛ وذلك أن هذه الزيادة قد حصلت لا محالة تحت يده الغاصب لا بصنيعه ولا بفعله وتلفت من غير فعله وصنعه، كالثوب إذا طارت الريح به إلى داره ثم تلف، فإنه لا يلزمه شيء فكذلك في مسألتنا مثله.

وأما ما ذكروه من الطير إذا عشش في ملكه والسمكة إذا وقعت في

---

(١) انظر: الأم: ٥٣٥/٤ ـ مختصر المزني: ١١٧ ـ المهذب: ٤٢١/٣.

(٢) تقدم تخريجه.

سنارته ، ؛ فإن ذلك يكون له وإن نازعه في ذلك منازع لحكمنا به له دون غيره ، لأن ذلك تحت يده وفي ملكه ، والظاهر شهادته فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا**: وإن كان تلف ذلك من غير فعله إلا أن ذلك سبب فعله ، وهو الغصب فصار السبب فيه كالمباشرة فيه ، كما لو حفر بئرا فوقع فيها إنسان فمات فإنه يلزمه ضمان ذلك فكذلك في مسألتنا مثله .

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه ما كان منه سبب إلا غصب العين ، والعين قدرها على ما كانت عليه فلا يلزمه غير ذلك مما حدث بغير فعله وتلف من غير صنعه .

وعلى أن ما قالوه يبطل بزيادة السوق ؛ فإن الغصب قد وجد من جهته في العين المغصوبة ، ومع ذلك إذا زادت قيمتها ثم نقصت لم يلزمه ما زاد ، فكذلك ما زاد من جهة السمن في عينها .

وأما ما حفر البئر فغير لازم ؛ لأنه إن حفر ذلك في ملكه فلا يلزمه ضمان ما تلف فيه ، وإن حفر ذلك في غير ملكه لزمه ضمان ما تلف فيه ، وليس كذلك الضمان لأجل حفر البئر .

وإنما قلنا ذلك لأجل إنه تعدى في فعل ذلك ، ووزان |[١٨٨ أ] مسألتنا أن لو جنى على الجارية فإن صاحبها عندنا بالخيار بعد أن يأخذها على ما هي عليه من النقص ، وبين أن يطالب بقيمتها يوم الغصب فلم يصح ما قالوه .

وأما قوله: إن السبب مثل المباشرة فليس بكلام صحيح ، لأن السبب يفارق المباشرة في وجوب الضمان ، ألا ترى أنه عندك لو أمسك إنسانا حتى جاء آخر فقتله فإنك لا تقتل صاحب السبب وإن كان ذلك يجب عليه عندنا ،

وباتفاق منا ومنكم أنه لو أمسك امرأة لغيره حتى زنى بها فإنه صاحب سبب فلا يلزمه الحد فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة لم يتناولها الغصب، فوجب أن لا يضمنها الغاصب. أصله زيادة السوق فإنه لا يضمنه ذلك فكذلك في مسألتان مثله.

❊ **قالوا:** لا نسلم لأن إمساكه للجارية غصب وتعد، فكان ذلك كأنه وجد يوم غصبها.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن هذه الزيادة ما يتناولها غصبه، وإنما حدثت في الثاني كزيادة السوق ومع ذلك لا يضمن ذلك فكذلك في مسألتنا ولا فرق بينهما.

❊ **قالوا:** فزيادة السوق لها تلك الزيادة في القيمة، والقيمة تختلف بكثرة الجلب وقلته، وليس كذلك هذه الزيادة لأنها من العين المغصوبة، فلزمه ضمان ذلك كالعين نفسها.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما؛ لأن جميع ذلك حصل لا بفعله وتلف من غير فعله، فلم يصح ما قالوه.

ولأنه رد العين كما أخذها فلم يلزمه غرما، أصله إذا غصبها مهزولة فردها على تلك الحالة ولم تكن زادت عنده. ولا يلزم عليه ما يقولونه من الصيد، إذا صاد المحرم صيدا مهزولا وسمن عنده ثم زال ذلك، فإن عندنا لا فرق بينهما فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن هذه المسألة مبينة لنا على أصل، وذلك أن الشيء المغصوب عندنا مضمون على الغاصب من يوم غصبه، فما طرأ بعد ذلك من زيادة أو نقصان،

فإن ذلك طارئ على عين مضمونة عليه ولا يلزمه بذلك شيء.

❊ **واحتج** بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، والغاصب ظالم فوجب أن تكون السبيل عليه من كل وجه.

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه ظالم للزيادة التي حصلت تحت يده من غير فعله وتلفت من غير صنعه، كما أنه ليس بظالم أيضا في زيادة الأسواق.

والثاني: أنه محبس بزيادة الشيء المغصوب، لأنه إذا كان قد أنفق عليه وعلمه صناعة | [١٨٨ب] حسنة يكتسب منها المال، فإن المغصوب منه يأخذ عنده عين الزيادة ولا رجوع للغاصب عليه في مقابلة ذلك الشيء فلم يكن ظالما، بل يكون قد أحسن بذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها زيادة في العين المغصوبة لو أتلفها الغاصب ضمنها، فإذا تلفت تحت يده وجب أن يلزمه ضمانها، أصله إذا طالبه صاحبها فلم يردها وأمسكها عن صاحبها مع وجود تلك العين الزائدة فيها.

❊ **والجواب** عنه من أوجه:

أحدها: أنا لا نسلم ذلك في الفرع ولا في الأصل، أما الفرع؛ فإن عندنا أن هذا السمن لا يتصور أن يتلفه الغاصب لأن ذلك لا يتمكن منه ولا صنع له فيه.

والثاني: هو أنه لو أتلف ذلك كما زعمتم وصورتم فإنه لا يلزمه إلا أحد أمرين:

إما أن يأخذها على ما هي عليه، أو يطالبه بقيمتها يوم الغصب، لأنها مضمونة عينها في ذلك الوقت.

وكذلك عندنا لو جنى عليها بأن قطع يدها ورجلها قلنا لصاحبها: لك

الخيار إن شئت أخذتها بنقصانها وإن شئت أخذت قيمتها يوم غصبك إياها ، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وعلى أنه لا يمتنع أن يلزمه الضمان إذا أتلف الشيء ولا يلزمه إذا لم يتلفه ، ألا ترى أنه لو قصد إتلاف الوديعة لزمه ضمان ذلك. ولو تلفت من غير صنعه وفعله لم يلزمه ضمان ذلك فكذلك في مسألتنا أيضا مثله ، وكذلك إذا ألقت الريح ثوبا إلى داره فقام إليه وحرقه ومزقه فإنه يلزمه ضمانه ، ولو تركه على حاله حتى تلف فإنه لا يلزمه ضمانه ، فكذلك في مسألتنا ، فافترق الحكم بين ما يتعدى فيه وبين ما لا يتعدى فيه. وهذه الزيادة إنما حصلت في يده على وجه الأمانة ، فهي كالوديعة تضمن بالتعدي ولا تضمن من غير تعدي ، وهذا كله لا يلزمنا نحن ؛ لأن عندنا لصاحبها أن يأخذها بنقصها إن شاء ، وإن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب لم يصح ما قالوه.

وأما الأصل الذي قاس عليه ؛ وهو أن يطالبه بها وهي سمينة فامتنع حتى هزلت عنده ، فإنه لا يلزمه عندنا أكثر من أحد أمرين: إما القيمة يوم الغصب ، أو ردها على ما هي عليه ، وكذلك لو جنى عليها كما بيناه أولا.

❊ **قالوا:** ولأنها زيادة بسبب حدثت في عين مضمونة بيد متعدية ، فوجب أن تكون مضمونة أصله السمن في الصيد في حق المحرم.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أن هذه الزيادة له ؛ لأنه لم يغصبه إياها وإنما حدثت |[١٨٩أ] بعد استقرار الضمان عليه فهي في يده أمانة ، فإن بقيت إلى حال الرد أخذها وإن لم تبق فلا شيء له ، وهذا بمثابة ما لو ألقت الريح ثوبا لإنسان في دار غيره فإنها لصاحبها ما دام هي باقية ، في فإذا تلفت من غير صنع لم يلزمه شيء فكذلك ههنا.

والثاني: هو أنه يلزم عليه زيادة الأسواق، فإن هذه الزيادة إن كانت كذلك فهي له ولا يلزمه ضمان ذلك فلم يصح ما قالوه.

وأما ما ذكروه من الأصل: وهو الصيد فإنا لا نسلم؛ لأن عندنا لا يلزمه أكثر من تركه وإطلاقه وما نقص منه لا يلزمه لأجله شيء فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن ما حرم على الغاصب إمساكه من الأموال، وجب أن يضمنه بزيادة، أصله السمن الموجود والشعر النابت حال الغصب.

❊ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه زيادة الأسواق.

والثاني: هو أنا قد بينا أن الذي عليه إما العين على ما هي عليه، أو قيمتها يوم الغصب لا غير ذلك، لأن جميع ذلك قد حصل في يده من غير غصب، وإنما غصبت العين لا النماء والسمن فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن المعنى فيما ذكروه أن ذلك قد وجد حال الغصب وليس كذلك في مسألتنا، وإن كان هذا الفرق لا يلزمنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وأما إذا رده ناقصا في يده عما كان غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يسلمه وتضمنه القيمة يوم الغصب[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن متعد عليه والغاصب تعدى فكان أحق بالحمل عليه، لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، ولأن المتعدى عليه مخير في الأصول، لأنه مجنى عليه في ملكه فله أن يقول لا آخذها كسيرة وقد غصبها مني صحيحة.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٨ ـ النوادر: ١٠/٣١٦، ٣١٧ ـ التفريع: ٢/٢٧٥، ٢٧٦.

فَصْل

إذا ثبت أنه مخير: فإن أخذها ناقصة فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان ما حدث بها من النقص من الله تعالى لا بفعل الغاصب، فليس للمالك إلا أخذها بلا إرش وإسلامها، وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغاصب كان ضامنا لها يوم الغصب، فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم في الضمان، لأنه لو كان على أصل مضمون، فأما إذا اختار [١٨٩ب] المالك أخذها فقد رضي بعيبها لأنه لو لم يرض به، لكان يسلمها أو يرجع بالقيمة، فإذا قال أريد الأرش لم يكن ذلك له[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن الغاصب لم يكن ضامنا لما حدث بانفراده، وإنما كان ضامنا له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة له.

فَصْل

وأما إن كانت الجناية من فعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو رجلها أو فقأ عينها وما أشبه ذلك واختار ربها أخذها على ذلك، فهل يجب لها أرش النقصان أم لا، فقد اختلف في ذلك أصحابنا:

فقال ابن القاسم: له المطالبة بالأرش، وقال محمد بن المواز وسحنون: ليس له ذلك[2].

فوجه ما قال ابن القاسم: أنها جناية على ملك الغير فكان له المطالبة بذلك. أصله إذا ابتدأ الجناية عليها، ولأن المالك متعد عليه بشيئين: بالغصب

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/٣٢٦ ـ التفريع: ٢/٢٧٥.

(٢) انظر: النوادر: ١٠/٣٢٧ ـ ٣٢٩.

فكان له أخذ الغاصب بما شاء من ذلك.

ووجه قول محمد وسحنون: هو أنه ضامن لقيمتها يوم الغصب، والجناية إنما طرأت بعد وجوب الضمان، فلم يكن له بذلك حكم، أصله إذا طرأ ذلك بفعل من الله تعالى، ولأن الجناية على النفس آكد وأغلظ من الجناية على الأطراف، وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الغصب، ففي الجناية على الأطراف أولى، فهذا هو الصحيح.

مسألة:

عندنا أن العقار يضمن بالغصب، وكذلك النخل والأشجار، فإذا غصب أرضا فتلفت بسيل أو غرق لزمه قيمة ذلك يوم الغصب[1].

وبه قال الشافعي: رحمه الله[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمن العقار بالغصب، ولا يتصور ذلك فيه، إلا أن يجنى بتلف فيضمنه بالإتلاف[3].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، وهذا ظالم فوجب أن يكون عليه السبيل.

والقياس: هو أنها عين مضمونة بالقبض من عقد، فوجب أن تضمن بالغصب أصله ما ينقل ويتحول.

* **قالوا**: المعنى في تلك أنها تنقل فلذلك ضمنها بالعطب وليس كذلك العقار لأنه لا يتأتى ذلك فيها.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٨٠ ـ النوادر: ١٠/٣٣٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الأم: ٤/٥٢٤ ـ المهذب: ٣/٤٢٦.

(٣) انظر: المبسوط: ١١/٧٣ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٤٦، ١٦٥.

❁ **والجواب**: هو أن هذه علتنا وزيادة فلم يصح ما قالوه من ذلك، وعلة الفرع تنتقض بوجود المودع للوديعة، ورجوع الشهود عن ما شهدوا به، فإنه لم يوجد النقل هناك، ثم إن الضمان يجب.

وقياس آخر: وهو أنها مال فجاز أن تضمن بالغصب أصله سائر المنقولات.

❁ **فإن قالوا**: لا نسلم |[١٩٠أ] أن العقار مال، والمال هو ما ينقل ويحول.

❁ **والجواب**: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأنه مال، والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من غصب شبرا من الأرض طوق بسبع أرضين»[(١)].

❁ **قالوا**: فقد روي أنه قال «من سرق»[(٢)].

❁ **والجواب**: هو أنه أراد بذلك من غصب، لأن السرقة لا تتأتى في العقار، وإنما لفظ الغصب فلا يمكن تأويله.

والذي يدل عليه ما روي «أن الحضرمي أو الكندي لما اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: إنه غصبني أرضي، لم ينكر ذلك عليه رسول الله ﷺ»[(٣)]، فثبت أنها بغصب، ولأن الغصب هو الاستيلاء على مال لغير والحيلولة بينه وبينه بالعدوان.

❁ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه ينقل ويحول، فلذلك ضمن بالغصب وليس كذلك في مسألتنا.

❁ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه البيع، فإن أحدهما ينقل والآخر لا ينقل،

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب بدئ الخلق، ر: ٣١٩٨، ٢/٤٢٠، ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض، ر: ١٦١٠، ص٦٥٦.
(٢) أخرجه أحمد في مسنده، ر: ١٦٣٩، ٣/١٨٢.
(٣) تقدم تخريجه.

ومع ذلك يستويان في باب الضمان في البيع .

❊ **قالوا:** المعنى في البيع أنه أوسع من الغصب في باب الضمان ، ألا ترى أنه يضمن مائة بألف في البيع وفي الغصب لا يضمنه بأكثر من قيمته .

⚜ **والجواب:** هو أن في البيع قد يضمن ما قيمته مائة بعشرة في النقصان ، وإن كان هناك في الزيادة ، وعلى أن ما قالوه يبطل بالمنقولات ، فإن البيع أوسع بابا من الغصب في الضمان ومع ذلك يستويان .

وقياس آخر: وهو أن كل عين جاز أن تضمن بالمسمى في العقد الصحيح ، جاز أن تضمن بالغصب أصله المنقولات .

❊ **فإن قالوا:** يلزم عليه الحربي ، فإنه يضمن الأشياء بالعقد ولا يضمنها بالغصب .

⚜ **والجواب:** هو أن هذا غير لازم ، ولأننا عللنا الأعيان ، وهذه الأعيان التي لا يضمنها الحربي فإن المسلم والذمي يضمنيانها ، ولأن من طريق القيمة لا يلزم أيضا ، لأن ضمان الغصب يفتقر إلى الإيمان أو عقد الأمان وذلك غير موجود في الحربي . وأما ضمان البيع فإنه يصح منه ؛ لأنه يصح منه عقده فلهذا افترقا .

وقياس آخر: وهو أن ما صح قبضه في البيع والهبة والرهن والإجارة صح أن يضمن بالغصب. أصله ما ينقل ويحول ، لأنه سبب تضمن به الأموال المنقولات فجاز أن تضمن به العقار أصله العقد والإتلاف ، فإن سائر الأشياء تضمن بذلك فكذلك في مسألتنا مثله .

ولأنه أتى على مال الغير بالاستيلاء فأبلغ ما قدر عليه وأمكنه فوجب عليه ضمانه أصله ما ينقل ويحول .

ولأن الغصب سبب للضمان، فوجب أن يضمن به |[١٩٠ب] العقار أصله الإتلاف. ولأن ما ضمن به ما ينقل ويتحول ضمن به ما لا ينقل ولا يتحول، أصله القبض في البيع.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه لم يحصل منه فعل ولا تحويل لأن ذلك مما لا يتأتى فيه، إنما حصلت منه الحيلولة بين الملك والمالك والمنع من التصرف، وذلك لا يوجب ضمان الضمان. أصله إذا غصب رجلا نفسه فحبسه في يده فإنه لا يضمنه فكذلك في مسألتنا مثله في العقار.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه قد وجد أكثر من ذلك، لأنه وجد الاستيلاء منه على مال الغير بالعدوان، وإزالة ملك المالك من التصرف وإثبات يد نفسه عليه، وهذا المعنى زائد على الحيلولة، ولأنه إذا غصبه صاحبه فإنه يمكنه التصرف فيه بوكالته وعمالته ويؤجره غير ذلك من وجوه التصرفات وليس كذلك في مسألتنا لأنه يمنعه من جميع ذلك.

وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله: في مال غصب أنه لا تجب فيه الزكاة، لأنه يمكنه التصرف فيه، ولو غصب الرجل دون ماله أو أسر فإن الزكاة تجب عليه فيه، وكان فرقه في ذلك إمكان التصرف فيه، ولأن المعنى فيه إذا غصب الرجل نفسه وحبسه أن لا يضمن من أمواله ما ينقل ويحول، فلم يضمن ما لا ينقل ولا يحول وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما ضمن ما ينقل ويحول ضمن ما لا ينقل ولا يحول.

❊ **قالوا**: ولأنه لم يوجد منه النقل والتحويل، فلا يضمن ضمان الغصب كما لو قعد على بساطه وهو بجنبه ومنعه أن يجلس، وأيضا إذا ركب دابته ومنعه منها.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم لا للفرع ولا للأصل ؛ لأنه وإن لم يوجد النقل إلا أن الاستيلاء قد وجد باليد المتعدية ، ألا ترى أنه يمنع ذلك من بيعه أو إجارته وهبته وجميع تصرفاته فلم يصح ما قالوه .

وأما الأصل فإنه قد حصل أيضا غاصبا بذلك ، لأنه قد منعه من ملكه أو ركوبه أو جلوسه عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك .

وعلى أنه لا يمنع أن لا يوجد منه النقل والتحويل ومع ذلك الضمان يجب عليه . ألا ترى أن المودع لو جحد الوديعة وكذلك الشهود إذا رجعوا عن الشهادة ، فإنه يلزمهم الضمان ، فإن كان النقل والتحويل ما وجد فلم يصح ما قالوه من ذلك .

❊ **قالوا**: ولأنه مالا ينقل ولا يحول ، فلا يضمنه |[١٩١أ] بالغصب أصله منفعة البضع .

⚜ **والجواب**: هو وإن كان لا ينقل ولا يحول إلا أن الحيلولة قد وجدت منه واليد المتعدية ، وعلى أن المعنى في البضع أن يد الغاصب لا تثبت عليه ، ولهذا لا يثبت عليه ، ولهذا إن غصب جارية صح تزويجها بخلاف العقار ، فإنه تثبت يد الغاصب عليها ولا تصح إجارته . ولأن منفعة البضع لا تجري مجرى الأموال ، بدليل أنه لا يدخلها البدل والإباحة فلا يملك الأرش والهبة ولا يتجر فيها ، والعقار بخلاف ذلك لأنه مال .

❊ **قالوا**: ولأنه ما لا يصح غصبه سرقته لا يصح غصبه أصله الحر .

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ؛ لأن الحر تصح سرقته ويصح غصبه ، وإنما لا يضمنه لأن اليد لا تثبت عليه .

وعلى أن هذا القياس لا يصح ؛ وذلك أن السرقة على وجه الاستتار

والتخفي، وذلك لا يتصور في العقار والغصب يوجد على وجه المجاهرة والمكابرة، وذلك مما يتأتى في العقار فلم يصح اعتبار أحدهما بالآخر، وعلى أن المعنى في الحر أنه ليس بمال ولا يقبل عقد المعاوضات فلم يصح ما قالوه، من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن ولد المغصوبة إذا حدث بعد الغصب فإنه غير مضمون على الغاصب[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: هو مضمون[3].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[4]، وهذا ما طابت نفسه به بإخراج هذا المال عن يده، فلا يلزمه ذلك.

والقياس: هو أنه ولد حادث حصل في يده على أصل الآدمي فلم يضمنه من غير فعل منه. أصله ولد المودوعة، وولد المستأجرة إذا تلفت تحت يده من غير فعل منه فكذلك في مسألتنا، هذا الولد لأنه حدث تحت يده من غير فعل منه، فكذلك في مسألتنا هذا الولد لأنه حدث تحت يده وتلف من غير صنعة.

* **قالوا:** المعنى في ولد المودوعة والمستأجرة، أن ذلك الولد إنما لم

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٩، ١٨٠ ـ النوادر: ١٠/٣٤٣ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٨٠.

(٢) انظر: المبسوط: ١١/٧٠ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٥٦.

(٣) انظر: الأم: ٤/٥٢٠ ـ المهذب: ٣/٤٢١.

(٤) تقدم تخريجه.

يضمنه، لأنه ما حدث من أصل مغصوبة وليس كذلك في مسألتنا لأنه حدث عن أصل مغصوبة.

⚜ **والجواب**: هو أنه باطل بولد المبيعة على مذهبهم فإن المبيعة مضمونة. وقياس آخر: وهو أنه ولد مغصوبة فوجب أن لا يضمنه بغصب الأم أصله إذا كان حرا.

❊ **قالوا**: فقد علقتم على العلة ضد المقتضي؛ لأنه إذا كان ولد المغصوبة وكانت الأم مضمونة عليه بالغصب فالولد أيضا يجب أن يكون مضمونا عليه.

⚜ **والجواب**: |[١٩١ب] هو أنا ما علقنا على العلة إلا وفق المقتضى، وذلك أن هذا الولد حدث تجريده بغير فعله وتلف من غير صنعه، والضمان في الأصول إنما يجب بنوع من الإتلاف، وههنا ما وجد أكثر من غضب الأم، فالضمان لازم له في ذلك دون الولد وصار ذلك بمثابة ولد المودوعة والمستأجرة إذا حدث ذلك تحت يد المودع، فإنه لا يلزمه ضمان ذلك إلا بالتعدي فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل؛ وهو ولد الحرة أن يده لا تثبت عليه، فلذلك لا يضمنه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الولد تثبت عليه اليد، فإذا ضمن الأم ضمن الولد.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن يده لا تثبت عليه، وإنما ذلك أمانة في يده كولدة المودعة وولد المستأجرة فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن الغصب سبب لا يضمن به الحر فلا يضمن به الحمل أصله عقد البيع والهبة والرهن وغير ذلك.

❊ **فإن قالوا**: لا نسلم في البيع.

❊ **فالجواب**: هو أنه مسلم في الهبة والرهن ؛ لأنه إذا تلف تحت يده في الرهن من غير فعل منه ، فإنه لا يضمنه فلم يصح ما قالوه من ذلك . ولأنه سبب حصل في الآدمية على سبيل العدوان ، فوجب أن لا يتبعها الولد ، أصله الجناية على الأم خاصة . ولأن الولد لا يتبعها فيه كذلك في مسألتنا ، ولا يلزم عليه ولد العبد لأنا قلنا في الآدمية .

❊ **فإن قالوا**: لا يمتنع أن يثبت ذلك في الأم ويكون الولد في ذلك على وجه التبع لها كالبيع والهبة .

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ وذلك أن في البيع إنما يتبع ، لأن ذلك ملكه فكان له ذلك ، لأنه ملك أصل المبيع ، فجميع ما حدث في ملكه ، والغاصب ههنا إنما يده على الأصل ، فما حدث إنما يحدث للمالك على وجه الأمانة ، وإن كان موجودا وقت الرد رده مع أصله وإن كان معدوما لم يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك .

وأما ولد المرهونة فإنه يكون مع الأصل رهنا لمالكه ، وإن تلف أيضا بغير عدوان ، فإنه لا يلزم المرتهن ذلك لأنه أمانة في يده كما ذكرنا في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك .

وقياس آخر: وهو أنه حصل في يده بغير صنعه فتلف من غير فعله فلا يضمنه . أصله إذا أتلف الريح ثوبا في دار وتلف ذلك الثوب فإنه لا يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله .

|[١٨٢أ] ❊ **قالوا**: وإن لم يكن بفعله ، إلا أنه سببه .

❁ **والجواب**: هو أنه لا اعتبار بالسبب ، ألا ترى أن ولد المودعة وولد المجنى عليها لا يضمن ذلك وإن كان السبب وجد منه ، ولأن السبب لا يضمن

به أيضا ، ألا ترى أنه قد وجد منه السبب ومع ذلك لا يضمن زيادة الأسواق فلم يصح ما قالوه من ذلك .

❊ **قالوا**: المعنى في الثوب إذا ألقاه الريح في داره إنما لم يضمن لأنه سبب الضمان ما تقدم وليس كذلك في مسألتنا ، لأن سبب الضمان قد تقدم فوجب أن يلزمه ضمانه .

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بولد المجنى عليها ؛ فإن سبب الضمان قد تقدم ومع ذلك لا يضمن ولدها فلم يصح ما قالوه من ذلك .

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[1] ، وهذا الولد مال امرئ مسلم قد تلف تحت يد الغاصب .

❁ **والجواب**: هو أن الخبر لا بد فيه من ضمير ، لأن نفس العين لا يتناولها تحريم ولا تحليل ، وإنما المراد منها فعل في العين ، وهذا الغاصب ما وجد منه فعل ، فوجب أن لا يضمنه ما لم يوقع فعلا فيه يوجب الضمان فلم يصح ما قالوه .

ولأن الخبر دليل لنا أيضا ، لأننا لا نوجب على هذا الغاصب شيئا لم يغصبه فلم يصح ما قالوه .

❊ **قالوا**: ومن جهة القياس: هو أن ما ضمنه خارج الوعاء ضمنه في الوعاء . أصله الدراهم يضمنها في الكيس وخارج الكيس كذلك هذا الولد مثله .

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ؛ لأن مالكا رحمه الله قال في الحمل: أنه لا يكون له حكم إلا بعد الوضع ، لأنه لو قال لأمته: ما في بطنك حر ، فإنه لا يجوز له بيع الأمة حتى تضع ، وقد قال ينفذ البيع في الدين الحادث ، فتبنى هذه المسألة على

---

(١) تقدم تخريجه .

الغاصب لا يضمن الولد لأنه حمل.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح من أوجه:

أحدها: القول بموجبه وهذا إذا جنى عليه.

وجواب آخر: وهو أنه إنما يضمنه حال إفراده عن الوعاء، ولأنه يمكن إفراده بالضمان وليس كذلك حال كونه في الوعاء، فلم يجز اعتبارها خارج الوعاء مما داخل الوعاء، ولأنه إذا كان في الوعاء فهو كحرمته، ولو أتلف عضوا منها كان المقصود منه عندنا بالخيار، إن شاء أخذ العين على ما وجدها، وإن شاء طالب بقيمتها يوم الغصب فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن المعنى في الدارهم في الكيس إنما ضمنها؛ لأن يده ما ثبتت عليه، لأنه ما تناوله غصبه ولا عدوانه فهو كولد المودعة ||[١٩٢ب] والمجنى عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن في الدراهم في الكيس يمكن ضمانها بالعقود التي تفتقر إلى التسليم وليس كذلك الحمل فإنه لا يمكنه ضمانه، لأن الغاصب ما حصل منه فيه فعل فلا يضمنه.

ولأن المعنى في الدراهم في الكيس إنما ضمنها لأن يده ما ثبتت عليه، لأنه ما تناوله عصبة ولا عدوانه، فهو كولد المودعة والمجنى عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأن الدراهم في الكيس يمكن ضمانها بالعقود التي تفتقر إلى التسليم، وليس كذلك الحمل، فإنه لا يمكن ضمانه لأن الغاصب ما حصل منه فيه فعل، فلا يضمنه، ولأن المعنى في الدراهم في الكيس أنها معتبرة بنفسها وليس كذلك الولد في البطن، لأنه يقف ذلك على أمر حادث فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه سبب يضمن به الولد المنفصل فيضمن به الولد المتصل أصله الصيد إذا صادف المحرم.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا لا يكون الحمل مضمونا عليه، فإذا انفصل منه حيا لم يحدث في يده، وإنما يكون ضامنا بعد ذلك، لأنه يلزمه أن يسأله بغير ضمانه من أمر حادث من جهته، ولأن ولد الصيد لا يتعلق الضمان فيه بالإتلاف، وإنما يتعلق الضمان فيه بالإمساك الحادث بعد توجه الخطاب عليه بإرساله من قبل الله تعالى الذي هو المالك، وأما في الآدمي فالمالك هو الآدمي، ولا مطالبة من جهته فيما حدث في يده بغير فعله، فشأنه ولد المبيعة والمودعة فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها زيادة حصلت في يده من عين مضمونة بيد متعدية فوجب أن يضمنها أصله السمن الموجود بها يوم الغصب.

⚜ **والجواب**: هو أنه ينكسر بزيادة الأسواق فإنها زيادة ومع ذلك لا يضمنها، وعلى أنه لا يمتنع أن تكون زيادة حصلت في يده ومع ذلك لا يضمنها كولد المودعة والمبيعة، ولأنا لا نسلم أن هذه الزيادة لها حكم وإنما يكون لها حكم إذا انفصلت، وأما السمن الموجود حال الغصب؛ فإنه إن كان ذلك موجودا وأراد صاحبها أخذها أخذها، فإن طالب بقيمتها يوم الغصب فله ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا إذا تعذر على الغاصب تسليم المغصوب، مثل أن يغصب عبدا آبقا أو بعيرا فندت منه، أو شيئا سرق منه، أو ضاع ذلك المغصوب، فغرم الغاصب قيمة ذلك الشيء، فإن القيمة تصيره ملكا للمغصوب منه، ويضمن الغاصب

ملك الشيء المغصوب، فإن وجده بعد ذلك لم يكن للمغصوب منه الرجوع في ذلك الشيء، ورد القيمة إلى الغاصب إلا أن يتراضيا على ذلك[1].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[2].

وقال الشافعي رحمه الله: الشيء المغصوب |[١٩٣أ] على ملك المغصوب منه ثابت، إذا وجد ذلك رد القيمة التي أخذها وأخذ عين ماله[3].

ودليلنا: هو أنه ملك البدل فيما يجوز أن يملك، فجاز أن يزول ملكه على البدل. أصله إذا باع ملك عبده وسلم الثمن، فإن ذلك يزيل ملكه فكذلك في مسألتنا مثله، والدليل على أن ذلك على وجه البدل، هو أن العبد يقوم مقام فيقال كم يساوي، فيقال ألفا أو ألفين فيلزم الغاصب غرم ذلك.

❊ **فإن قالوا**: لا نسلم أن القيمة بدل عن العبد، وإنما ذلك عوض عن الحيلولة.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحيلولة لا قيمة لها، وإنما القيمة عن العبد فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل أن لا يملك العبد إذا ابتاعه منه، لأن ذلك على وجه العوض في مقابلة معوض وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا يملك عوض في مقابلة ما لا يقدر على تسليمه فلا يملك ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا يبطل إذا قبله الغاصب، فإنه يلزم القيمة للمغصوب منه، وإن كان ذلك في بدل مال فيما لا يقدر على تسليمه فلم يصح

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٧٩ ـ الكافي: ٤٣٣.
(٢) انظر: المبسوط: ١١/٧٨.
(٣) انظر: مختصر المزني: ١١٨، ١١٩ ـ المهذب: ٣/٤١٦.

ما قالوه من ذلك، ولأن التضمين فيما هو معرض لانتقال الملك فوجب التمليك. أصله الأب يحبل جارية ابنه فإنه يضمن قيمتها ويملكها بذلك فكذلك الغاصب يجوز أن يكون يملك المبنى به.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم لأن الجارية لا تصير أم ولد للأب ولا تقوم في أحد القولين وإن يسلمها وهو الأصح، فلما جاز ذلك لأن التمليك أوجب التضمين، لأن بإحباله إياها صارت أم ولد له وملكها فوجب عليه قيمتها، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه بدل مال فيما لا يقدر على تسليمه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ ولا فرق بينهما، لأن الأب غاصب ومتعد بإحباله جارية ابنه وتلزمه القيمة لولده ويملك الجارية به ويكون أم ولد له، فكذلك أيضا في مسألتنا مثله ولا فرق بينهما، ولأن الآبق كالمستهلك، والذي يدل على ذلك أن لا يباع ولا يوهب ولا يؤاجر ولا يقتنى ولا يتحمل له، فهو كما لو قتله، فإنه تجب قيمته، فإذا أخذ القيمة عليه وجب أن يزول ملكه عنه.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم أنه كالمستهلك لأنه يصح الوصية به.

⚜ **والجواب:** هو أن باب الوصية أوسع؛ لأنه يجوز الوصية بالحمل وبما لم يخلق، وههنا قد أخذ القيمة، والقيمة في الأموال أخص من الثمن، لأن الثمن قد يزيد وينقص، والقيمة بخلاف ذلك إذا ملك ||[١٩٣ب] ذلك بالثمن الذي يجوز له أن يزيد، ويجوز له أن ينقص ذلك، أولى وأحرى أن يملك ذلك بما ذكرناه.

ولأن الأعيان تضمن مرة بالثمن ومرة بالقيمة، وقد ثبت أن العبد يجوز أن يملك بالثمن وكذلك يجوز أن يملك بالقيمة، فنقول لأنه بدلي الأعيان فجاز أن

يملك بتضمينه. أصله الثمن، وكذلك بالقيمة يجب أن يملك أيضا بها.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم أن القيمة ههنا بدل العين وإنما هو عن الحيلولة.

❊ **والجواب:** هو أن هذا يبطل بما إذا قتله، ولأن هذا محال لأنه لما طالب بقيمته كما طالب إلا بقيمة عبده فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بما روي عن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1].

❊ **قالوا:** وهذا قد أخذ منه القيمة فوجب أن يرد ذلك.

❊ **والجواب:** هو أن هذا ما أخذ إلا حقه، لأنه أخذ قيمة عبده ورضي بذلك فلا يلزمه رده فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه غرم قيمة ما لا يقدر على رده بخروجه عن يده، فوجب أن لا يملك بذلك الغرم أصله إذا كان الأب مدبرا أو أم ولد.

❊ **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا قتله، وكذلك إذا غصب منه زيتا فخلطه بزيت له، فإنه قد غرم مالا يقدر عليه، ومع ذلك يملكه فلم يصح ما قالوه.

وأما أم الولد والمدبر فإن ذلك لا يقبل الملك فلا يجوز أن يأخذ عوضا عما لا يقبل الملك وليس كذلك في مسألتنا، وأما إن قتل أم ولد فإنه يجب عليه قيمتها، فهو وزان مسألتنا في قتله العمد، ولأن المدبر وأم الولد لا تصح الوصية بهما، والآبق بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنها جناية لم يستقر قرارها، فوجب أن لا يستقر الملك على يديها، أصله إذا ضرب عين إنسان فزال ضوءها وأخذ منه الدية ثم عاد الضوء

---

(١) تقدم تخريجه.

كما كان، فإنه يسترجع الدية منه، فكذلك في مسألتنا وجب إذا أخذ القيمة عن عبده المغصوب ثم وجد أن يرد ما أخذ ويأخذ عين ماله.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح لأوجه:

أحدها: إنه وإن كاتب لم يستقر فلم يطالب بقيمة عبده ولم يقوم، ويقال كان يساوي ألفا وألفين ويأخذ ذلك منه فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أن قوله يبطل بما إذا غصب منه زيتا وخلطه بزيت له، فإن هذا هذه الجناية ما استقرت، ومع ذلك يأخذ قيمة زيته.

❊ **فإن قالوا**: إنما كان كذلك لأنه لا يقدر على الوصول |[١٩٤ب] إلى عين ماله.

❁ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، لأن ههنا أيضا قد رضي بأخذ قيمة عبده فلم يصح ما قالوه، وعلى أن ما قالوه يبطل بما إذا تراضيا بذلك.

وأما الأصل الذي قاسوا عليه، وهو ذهاب الضوء وأخذ الدية ثم عاد ذلك فرد ما أخذ، إنما كان كذلك؛ لأن ذلك لم يكن على وجه القيمة، وإنما أخذ الدين لأجل الإتلاف، فلما تيقنا أنه ما أتلف شيئا، رددنا ما أخذه من الدية، لأنا تيقنا أنه ما أتلف شيئا فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنها معاوضة فلا تصح في العبد الآبق أصله البيع.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن هذا معاوضة، وإنما هذه قيمة لأجل الإتلاف.

والثاني: الثمن هو معاوضة، ومع ذلك رضي به وألزمه نفسه وأخذ ذلك وحصل العوض في يده، فيجب أن لا يرجع فيه كالبيع الذي قاس عليه فالأصل

الذي ليس عليه يشهد لما قلناه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن أخذ هذه القيمة لا يخلوا إما أن يكون لأجل الحيلولة التي حال بينه وبين عبده، فلا يجوز أن يكون ذلك لقيمته، فلو أنه أتلف في إباقه لوجب على المغصوب منه رد القيمة، فإن العبد لم يسلم للغاصب.

⚜ **والجواب**: هو أنه إنما أخذ العوض عن العين لما تعذر تسليمه فلم يصح ما قالوه من ذلك، ألا ترى أنه يعوضه عليه كما لو كان قد أتلفه فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فَصْلٌ

ولو غصب جارية فوطئها فإنه يكون بذلك زانيا لأنه وطء عن غصب، فأشبه إذا غصب حرة، فإن جاءت الأمة بولد منه كان ذلك الولد رقيقا لسيد الأمة[١].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن ولد الأمة من غير السيد تابع لها في الرق والحرية.

❖ مسألة:

ولو غصب أرضا قد زرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها، فإن كان وقت الزراعة لم يفت كان للمالك قلعه[٢].

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[٣]. فوجب قلعه، ولأن منافعها مملوكة فليس له شغلها عن صاحبها ولا

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٧ ـ التفريع: ٢/٢٨٠ ـ الكافي: ٤٣٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/١٨٩ ـ النوادر: ١٠/٣٤٠ ـ التفريع: ٢/٢٧٩.

(٣) أخرجه مالك في الأقضية، القضاء في عمارة الموات، ر: ٢١٦٦، ٢/٢٨٧. وأورده البخاري تعليقا في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضا مواتا، ر: ٢٢٣٥، ٢/١٥٧.

لعرقه حرمه كزرع المستحق من يده، فيلزم المالك تبقيته وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعها والانتفاع بأرضه.

فأما إن كان وقت الزراعة قد فات، فلا ينتفع المالك بها إن قلع الزرع، ففي ذلك روايتان عن مالك رحمه الله:

إحداهما: إن له قلع الزرع، والأخرى ليس له ||[١٩٤ب] قلعه، فيكون له على الغاصب أجرة المثل[١].

فوجه الرواية أن له القلع: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[٢] ولأنه زرع غاصب فوجب قلعه. أصله إذا كان في وقت يمكنه من زراعتها.

ووجه الرواية الأخرى: أن له ليس له ذلك؛ لأنه لا ينتفع له بذلك، فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب، والرواية الأولى أصح والله أعلم بذلك.

مسألة:

إذا أراق على ذمي خمرا أو قتل له خنزيرا، فقال مالك رحمه الله: عليه قيمته[٣].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[٤].

وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحابنا: لا قيمة عليه في ذلك[٥].

وبه قال الشافعي: رحمه الله[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٩٠ ـ النوادر: ١٠/٣٤٠، ٣٤١ ـ التفريع: ٢/٢٧٩.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر: المدونة: ٤/١٩٠ ـ النوادر: ١٠/٣٥٦.
(٤) انظر: المبسوط: ١١/١٠٢ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٤٧.
(٥) انظر: النوادر: ١٠/٣٥٦.
(٦) انظر: مختصر المزني: ١١٩ ـ المهذب: ٣/٤٣٦ ـ الحاوي الكبير: ٧/٢٢١ وما بعدها.

فالدليل لقول مالك رحمه الله: ما روي «أن عمال عمر رضي الله عنه كتبوا إليه يسألونه عن الذمي يمر بالمعاشر ومعه الخمر، فكتب إليهم: ولوهم بيعها وخذوا منهم العشر من أثمانها»(1). وهذا يدل على أن ذلك مال من أموالهم لأنه أمرهم ببيعها، والأمر من الإمام لا يقع إلا ببيع صحيح.

والثاني: هو أنه سمى ذلك بيعا، والبيع لا يكون إلا فيما يتضمن المال.

والثالث: هو أنه سماها في مقابلة ذلك ثمنا، والأثمان إنما تستحق في المبيعات الجائزة.

❊ **قالوا**: فقد روي عن عمر رضي الله عنه خلاف ذلك، فروي «أن رجلا جاء إليه بمال، وقال هذه صدقة الخمور، فقال له عمر رضي الله عنه: أنت أحق بأكله من المهاجرين والأنصار وغضب عليه»(2).

❊ **والجواب**: هو أنه رضي الله عنه قد حكم وانتشر عنه وظهر، ولم يظهر له خلاف في وقته عليه بذلك، وهو قوله: «ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها»، ولا يكون هذا التصريح أكثر من هذا، وأما غضبه على الذي قال له ما قال، فإنما ذلك لأجل أن المسلم لا يملك ذلك بوجه ولا سبب، وكلامنا هو في الذمي فلم يصح ما قالوه من ذلك.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، باب أخذ الجزية من الخمر، ر: ٩٨٨٦، ٦/٢٣.

(2) لم أجده بهذا اللفظ، وروى البيهقي بسنده قال: أخبرنا أبو الحسن: على بن محمد المقرئ، أخبرنا الحسن بن محمد بن إسحاق حدثنا يوسف بن يعقوب حدثنا إبراهيم بن بشار حدثنا سفيان عن عبد الملك بن عمير عمن سمع ابن عباس رضى الله عنهما يقول: دخلت على عمر رضى الله عنه وهو يقلب يده هكذا فقلت له: ما لك يا أمير المؤمنين قال: عويمل لنا بالعراق خلط في فيء المسلمين أثمان الخمر وأثمان الخنازير ألم تعلم أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها». أخرجه في الكبرى، باب لا يؤخذ منهم في الجزية خمرا ولا خنزيرا، ٩/٢٠٣.

❊ **قالوا**: فهذا قول واحد من الصحابة، والقياس مقدم عليه.

⚜ **والجواب**: هو وإن كان قول واحد من الصحابة؛ إلا أنه إمام الأئمة في وقته، ولم يخالفه أحد على ذلك، فوجب الاقتداء به، لأنه يكون ذلك كالإجماع منهم، والإقرار له على ما قال فوجب تقديمه على القياس.

وأما من جهة القياس: فهو أنه شراب لطائفة، فجاز أن يكون مضمونا بالإتلاف أصله سائر الأشربة التي للمسلمين.

❊ **فإن قالوا**: وإن كانت شرابا للكفار، إلا أنها ليست |[١٩٥أ] شرابا للمسلمين، والاعتبار بالمسلمين دونهم.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الاعتبار الأصول إنما هو فيمن أتلف عليه شيء، وههنا الذي أتلف عليه هو الكافر فوجب أن يكون الاعتبار به، وقد بينا أن ذلك ملك له فوجب أن يستحق قيمته على من أتلف عليه إذا كان من أهل الضمان في حقه.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، إنما وجب ضمان سائر الأشربة؛ لأن ذلك طاهر، وليس كذلك في مسألتنا لأنه نجس، فوجب أن لا يضمن.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك وإن كان نجسا عندنا إلا أنه طاهر عندهم، وليس كذلك إذا كان عندنا لا يجوز ذلك أن لا يجوز عندهم، ألا ترى أنه لا يجوز عندنا أن يملك ولا يتمول ونقرهم نحن على تملكه، وإن جعلوه صداقا عندهم في النكاح وارتفعوا إلينا، لقال الشافعي إن ذلك نكاحا صحيحا، وإن كان عندنا أنكحتهم باطلة، فلم يصح هذا الفرق، فكذلك بيع الدراهم بالدراهم عندنا باطل وإن كان ذلك عندهم صحيحا، وأشياء كثيرة يعتقدون إباحتها، وإن كان كل ذلك حراما، فوجب أن يكون أيضا هذا الشراب حراما من

جملة أموالهم، وأنه يكون مضمونا كسائر أموالهم.

ولأنه مال من أموالهم أتلفه ظلما عليهم، فوجب أن يلزمه ضمانه إن كان من أهل الضمان في حقهم أصله سائر أموالهم.

ولأنه مال من أموالهم لا يعرض عليهم في تمولها، فإذا أتلف عليهم من يلزمه الضمان في حقهم لزمه ضمان قيمته. أصله سائر أموالهم.

ولأنه إذا وجب علينا حفظ أموالهم لأنهم ممن له ذمة وحرمة.

ولأن الخمر كانت مباحة في ابتداء الإسلام، ثم حرمت وما كان مباحا ثم حرم وجب أن لا تسقط قيمته، أصله الحمر الأهلية، فإنها كانت مباحة للأكل في صدر الإسلام ثم حرمت يوم خيبر، ومع ذلك فإنها مضمونة وكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **فإن قالوا:** فقد علقتم على العلة ضد المقتضي لأنه إذا كانت حراما كان ثمنها حراما.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، بل علقناها عليها وفق مقتضاها، لأنا رأيناها بهذه المثابة التي ذكرناها في الحمر الأهلية.

❊ **قالوا:** فالخمر كانت مباحة في حق المسلمين ثم حرمت ولا تكون لها قيمة ولا من حقهم.

⚜ **والجواب:** هو وإن كان |[١٩٥ب] كذلك في حق المسلمين إنما كان لأنه لا يجوز لهم تمول ذلك ولا إحراز أيديهم عليه، والكافر بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله إذا حرم شيئا حرم

ثمنه، إن الله حرم الكلب وحرم ثمنه، وحرم الخنزير وحرم ثمنه، وحرم الخمر وحرم ثمنها»[1].

⚜ **والجواب:** هو أن الخمر يقتضي تحريم الثمن، والثمن عبارة عما يستحق بالبياعات، والقيمة عبارة عما تستحق بالإتلاف، وخلافنا وقع فيما يستحق فيه القيمة عليه، ألا ترى أن الصيد إذا كان في بيت محرم فإن ثمنه محرم عليه، ولو أتلفه عليه متلف أوجبت له القيمة عليه ولم يحرم ذلك عليه، وكذلك ثمن أم الولد حرام عليه ولو قتلت لم تحرم عليه قيمتها.

وجواب ثالث: وهو أنا لو سلمنا فإن **إطلاق التحريم لا يتناول فيما كان مختلفا فيه** ففي مسألتنا الخلاف قائم كما ترى.

❊ **قالوا:** ولأنها مال لا يضمن في حق المسلم لا يضمن في حق الكافر أصله الميتة.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا يمتنع أن يكون الضمان يتعلق بحق شخص ولا يتعلق بحق ذلك الضمان بحق آخر، ألا ترى أن الصيد مضمون في حق المسلم بالإتلاف ويضمن في حق الكافر بالإتلاف.

وجواب آخر: وهو أنه لا يجوز اعتبار المسلم بالذمي، وذلك أن المسلم لا تقر يده على ذلك فلذلك لا يلزم الضمان متلف ذلك.

❊ **قالوا:** فليس إذا أقررناهم على شيء يجوز أن نحكم بصحة ذلك، ألا ترى أن المجوس يتزوجون بأمهاتهم وبناتهم ونقرهم على ذلك، ثم أنهم لو ارتفعوا إلينا لا نصحح شيئا منه.

---

(١) أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب البيوع، ر: ٢٨١٥، ٣/٣٨٨.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا هو الحجة عليكم ؛ لأنه لما أقررناهم عليه دل على أن ذلك مالا من أموالهم ، وإذا كان مالا من أموالهم وجب ضمانه وقيمته على من أتلفه إذا كان من أهل الضمان في حقهم.

وأما نكاح أهل المجوس ؛ فإنا نقرهم على ما هم عليه كما نفعل ذلك في نكاح أهل الذمة ولا يحكم بصحة نكاح أهل الذمة ونكاح أهل المجوس ، بل الكل عندنا باطل لأنهم يعتقدون ذلك بغير مال فلم يصح ما قالوه ، وربما تزوجوا من غير انقضاء عدة ولا ولي ولا شهود فلم يصح ما قالوه من ذلك ، والمعنى في الأصل أن الدم والميتة ليس مما يتمولونه فلذلك لم يضمنه تلفه ، |[١٩٦أ] وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه من أحل أموالهم وأنفسها عندهم ، ولو قلنا إن الميتة والدم مما يتمولونه لأوجبنا ضمانه في حق متلفه عليهم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **فإن قالوا**: فالمصاحف لا يتمولونها ، ثم لو أتلف عليهم ذلك لوجب لهم القيمة في ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن المصاحف لا نقرها في أيديهم بوجه ولا سبب ، بل نأخذ ذلك منهم ولا نمكنهم من تخلفها ، والخمر تقر في أيديهم على ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها عين نجسة ولا يجوز ضمانها بالقيمة أصله البول والدم.

⚜ **والجواب**: هو وإن كانت عينا نجسة عندنا إلا أنها طاهرة عندهم ، ألا ترى أننا نقر أيديهم عليها ، وأما المعنى في الأصل أنهم لا يتمولون ذلك وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه مال من أموالهم فأشبه سائر أموالهم في باب الضمان.

❊ **قالوا**: فإن هذا يؤدي إلى ما (...)[1] الحاكم النصارى واليهود ، لأنه

---

(١) كلمة لم أتبينها.

يحتاج الحاكم إلى أن يقوم الخمر في مجلس حكمه وقضائه، ويلزم المسلم قيمتها ويدل على رضى الكفار في ذلك، والله تعالى قال: ﴿ هُوَ ٱلَّذِىٓ أَرْسَلَ رَسُولَهُۥ بِٱلْهُدَىٰ وَدِينِ ٱلْحَقِّ لِيُظْهِرَهُۥ عَلَى ٱلدِّينِ كُلِّهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْمُشْرِكُونَ ﴾ [التوبة: ٣٣].

❁ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، وذلك أن الحاكم إنما جلس ليوصل كل ذي حق إلى حقه، وهذه من حقوق الذمي فوجب أن يحكم له على من ظلمه كما يحكم له على المسلم إذا أحرق ثوبه أو قتل عبدا له أو دابة.

ولأن هذا الكلام لو كان صحيحا لوجب أيضا على الحاكم أن لا يقر أيديهم عليها، لأنه ما جلس إلا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ألا تراه لو رأى ذلك في يد مسلم لوجب على هذا الحاكم أن يقوم من مجلسه ويريقها على المسلم، ولو رأى ذلك في يد ذمي لم يلزمه ذلك، فعلم بذلك أن هذا الكلام لا يصح.

❁ **قالوا:** ولأن الخمر لو كانت مضمونة بمثلها كالخل والعصير والدهن والحنطة والشعير لأنها من ذوات الأمثال، فلما قلتم أنه لا يضمنها بمثلها دل على أنه يجب أن لا تضمن بالقيمة.

❁ **والجواب:** هو إنما لم يضمنها بمثلها لأن ذلك يتعذر من جهة الشرع، **وما تعذر من جهة الشرع كان كما يتعذر من جهة الطبع**، ألا ترى أنه إذا أتلف شعيرا أو حنطة وتعذر ذلك فإنا نعدل إلى قيمته ذلك، فكذلك في مسالتنا |[١٩٦ب] مثله، وما تعذر من جهة المسلم، فإن المسلم لا يجوز له أن يشتري خمرا ويسلمها إلى الذمي، وكذلك المسلم لو قتل مسلما بآلة (...)[١] فإنا لا

---

(١) كلمة لم أتبينها.

نقتله بتلك الآلة لأن ذلك متعذر من جهة الشرع بل يرجع إلى غير ذلك فكذلك في مسألتنا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن من فتح قفصا فيه طائر لغيره بغير إذنه، فطار الطير ولم يقدر على أخذه، فالفاتح ضامن لقيمة الطير، وكذلك إذا حل دابة من قيدها فندت، وكذلك إذا فك قيدا من رحل عبد مقيد فهرب العبد، فإنه يضمن قيمة ذلك كله، وسواء كان الطائر طار عقب الفتح أو ندت الدابة عقب الحل، الحكم في ذلك سواء لا يختلف مذهبنا في وجوب الضمان بذلك[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمنه[2].

واختلف قول الشافعي رحمه الله: فقال في القديم مثل قولنا، وقال في الجديد: لا يضمنه[3].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، وهذا بفتحه القفص، قفص الغير وبحله الدابة من وثاقها ظالم، فوجب أن يلزمه الضمان بظاهر الآية، لأن سبب الإتلاف هو فتح القفص وحل الدابة، ولولا ذلك كان ماله محفوظا على حاله (...)[4] له، وفعله ما لا يجوز له فعله وجب أن يلزمه ضمان ذلك. ولأن فتح القفص سبب لخروجه وطيرانه من غير إذن صاحبه، فوجب أن يلزمه ضمانه. أصله إذا كان عقيب الفتح، فإن الشافعي سلم بهذا الموضع وهو قول واحد.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٦٠ ـ النوادر: ١٠/٣٧٠.

(٢) انظر: المبسوط: ١١/١٤ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٦٦.

(٣) انظر: الأم: ٥/١٤٤ ـ مختصر المزني: ١١٨ ـ المهذب: ٣/٤٣٧، ٤٣٨.

(٤) كلمة لم أتبين قراءتها.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك، وهو إذا طار عقيب الفتح، إنما لزمه ضمانه؛ لأنه طار بفعل الغاصب وليس كذلك إذا لم يطر إلا بعد ساعة، فإنه إنما طار باختياره ولا صنع للغاصب في ذلك، لأن الطائر له اختيار فما طار إلا باختياره.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه لا فرق بين هذا، وذلك أن الطير مجبول على الطيران فسواء طار عقيب الفتح أو بعده في وجوب الضمان عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك، لأنه إذا ضمن قيمته بخروجه عقيب الفتح أو في الحال طيرانه ضمن ذلك إذا قام ساعة ولم يطر. والثاني: هو أنه لا اعتبار بطيرانه، وإنما الاعتبار يجب أن يكون بظلم هذا الغاصب وفتحة القفص، ألا تراه لو فتح القفص وقتل الطائر |[١٩٧أ] ضمناه قيمته، لأنه وجد منه العدوان، فكذلك بفتحه القفص قد وجد سبب الإتلاف، وصار بمنزلة ما لو حفر بئرا في غير ملكه فسقط فيها حيوان لإنسان فمات، فإنه يلزمه ضمان ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله، لأن السبب وجد منه، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

وقياس آخر: وهو أنه حل رباطا عن مملوك يمسك به في العادة فوجب عليه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **فإن قالوا:** المعنى في ذلك أنه لو بقي ساعة ولم يجر ثم جرى بعد ذلك، فإنه يضمنه وليس كذلك الطائر.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما في ذلك، سواء في باب الضمان فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن السبب إذا اتصل به التلف تعلق به الضمان. أصله إذا أخرج إنسان فاشترى إلى نفسه فمات، فإنه يلزمه ضمانه فكذلك في مسألتنا مثله.

واحتج بأن قال: لأنه طار باختياره فوجب أن لا يضمنه، أصله إذا بقي

ساعة ولم يطر ثم طار.

❁ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما عندنا في وجوب الضمان، لأن السبب قد وجد بيد متعدية فلا فرق بين أن يكون الطيران عقب الفتح أو بعد ساعة، كما إذا أخرج إنسانا فبقي ساعة ثم مات فإنه يلزمه ضمانه وإن كانت روحه ما خرجت عقيب إخراجه فكذلك في مسألتنا مثله، ولا فرق بينهما.

❁ **قالوا**: ولأن الطائر له اختيار لأنه يقدم على ما ينفعه ويمتنع مما يضره، فإذا فتح قفصه وطار كان ذلك باختياره فلا يجب عليه ضمانه كما لو حل وثاق عبد فهرب.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الطائر وإن كان له اختيار، إلا أنا لا نعلم ما اختار، هل اختار الطيران فوجب أن يتعلق الضمان بتعمد فتح القفص، لأن العدوان وجد في تلك الحالة، والتلف لغصبه فهو كما ذكرناه في الجريح إذا مات.

❁ **وربما قالوا**: لأن المباشرة أو السبب إذا وجدا تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب. أصله الماسك والذابح.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا حفر بئرا فمات فيها إنسان، فما وجدت المباشرة، ومع ذلك يجب الضمان، وأما الأصل الذي قاسوا عليه فغير مسلم؛ لأن عندنا يلزمهما جميعا الماسك والمباشر فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

❁ مسألة:

ومن غصب شاة فذبحها وشواها، |[١٩٧ب] فإنه يضمن له قيمتها ويجوز

له أن يأكلها[1].

وقال محمد بن مسلمة[2] من أصحابنا: يضمن ما بين قيمتها حية ومذبوحة[3].

وبه قال أبو حنيفة: وله تفصيل في ذلك[4].

وقال الشافعي: يردها على مالكها وإرش ما نقص من قيمتها وهي حية[5]

وهو قول محمد بن مسلمة[6].

والدليل على أنه يلزمه قيمتها ولا يردها؛ ما روي أن رسول الله ﷺ «زار قوما من الأنصار في بيوتهم فقدمت إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فلم يسقها، فقال عليه السلام: إنها لتخبرني أنها أخذت بغير حق». فقال القوم نعم يا رسول الله، إنها لجيراننا ونحن نخرج إليهم ثمنها، فقال عليه السلام: «تصدقوا بها على الأسارى»[7].

فوجه الدليل منه، أنه عليه السلام ملكها لهم لما قال لهم: «تصدقوا بها»، وكان

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٧٨ ـ عقد الجواهر: ٢/٧٥٤ ـ التوضيح: ٦/٥٣١.

(٢) محمد بن مَسْلَمة بن محمد بن هشام بن إسماعيل، أبو هشام المخزومي، المدني نزيل دمشق، الفقيه. روى عن مالك بن أنس وتفقه به، والضحاك بن عثمان وإبراهيم بن سعد. روى عنه أبو حاتم وهارون بن عبد الله الحمال وأبو زرعة الدمشقي. له كتب فقه أخذت عنه. توفي سنة ٢١٦هـ. الجمهرة: ٣/١٢٠٠ ـ ١٢٠١، ر: ١٢٠٥.

(٣) انظر: التفريع: ٢/٢٧٨ ـ عقد الجواهر: ٢/٧٥٤.

(٤) انظر: المبسوط: ١١/٨٦ ـ بدائع الصنائع: ٧/١٤٨.

(٥) انظر: الحاوي الكبير: ٧/١٩٤.

(٦) انظر: التفريع: ٢/٢٧٨.

(٧) أخرجه أبو داود في البيوع، باب اجتناب الشبهات، ر: ٣٣٣٢، ص٣٧٤، والبيهقي في الكبرى، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا... ٥/٣٣٥، وقال في نصب الراية صحيح ٤/١٦٨.

ذلك غصبا ولم يقل ﷺ، فردوها إلى مالكها.

❊ **قالوا**: فيحتمل أن يكون ﷺ قد رآها وهي مشرفة على الهلاك ونازع إليها الفساد، ولا سيما في حق المجاز، فحفظ ذلك عليها ورأى أن يعوضهم بيت المال إذا تصدقوا بذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنه إذا ادعى بالشك والاحتمال، والظاهر ما قلناه وهو أنه ﷺ جعلها ملكا لهم وأمرهم بالتصدق بذلك، ولا يأمر ﷺ بالتصدق وبملك الغير لأنه صاحب الشريعة، ويعلم أنه يقتدى بقوله وفعله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والقياس: هو أنه أذهب معظم منفعتها، فوجب أن يزول ملك صاحبها عنه أصله إذا قبلها.

❊ **قالوا**: لا نسلم أنه أذهب معظم منفعتها.

⚜ **والجواب**: هو أنا نريد بذلك أنها لا تصلح مذبوحة لما كانت تصلح له حية وهذا مسلم لا محالة.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل أن صاحبها أيضا لو قتلها زال ملكه عنها.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأن ملكه ثابت عليها ميتة كما كانت في حياتها، لأن له أن يأخذ شعرها فينتفع به ويدبغ جلدها ويطعمها كلابه وبزاته لحمها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه أذهب عين المال، فوجب أن يلزمه قيمتها أصله إذا قتلها.

❊ **فإن قالوا**: لا نسلم أنه أذهب عين المال بل المال على ما كان عليه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا |[١٩٨أ] لا يصلح له إلا الأكل فحسب. وقبل ذلك كان يصلح لغير ذلك وهذا معلوم.

وقياس آخر: وهو أنه أذهب معظم المنفعة لمعنى اكتسب به أشياء لم تكن واستفاد به صفة لم تكن، فوجب أن يزول ملك صاحبها عنها. أصله الأب إذا أحبل جارية ابنه فإنه تصير أم ولد له وتسمى بهذا الاسم بعد أن كانت تسمى جارية وأمة، كذلك هذه الشاة، كانت تسمى حيوانا فصارت تسمى لحما وشواء، وكذلك يقال كان حنطة فصار دقيقا.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم الأصل، وذلك أن عندنا على أحد القولين لا تصير أم ولد له، وإن سلمنا فإنها كان كذلك في حق الغاصب.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا قتلها. والثاني: هو أنه لا فرق بينهما، لأنه إن كان في احبال الأب جارية ابنه لأجل السراية والحرية، فههنا أيضا لأجل الإتلاف، وأنه لا يمكن ردها على ما كانت عليه فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(١).

⚜ **والجواب:** هو أنا كذلك نقول إذا كان ذلك المأخوذ بحاله، وأما إذا زال عما كان عليه فإنه يلزمه قيمتها، ألا ترى أنه إذا قتلها وقال أنا أردها وأرد أرش ما نقص منها، لم يلزم ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنها جناية محضة، فلا يوجب انتقال الملك إلى الجاني. أصله إذا ذبحها ولم يشوها.

---

(١) تقدم تخريجه.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا قتلها فإن هذه جناية محضة، ومع ذلك يلزمه قيمتها، ويلزم عليه وطئ الأب جارية ابنه لأنها جناية محضة ومع ذلك يملكها بذلك فلم يصح ما قالوه.

ونقلب فنقول: فوجب أن لا يختلف الحكم فيها بين الربح والقتل أصله ما ذكرتم، ولا نسلم الأصل؛ لأن عندنا إذا شواها فإنه يأكلها ويلزمه قيمتها حية لا مذبوحة ولا مشوية، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنها عين غرمها الغاصب بفعل تعدي له، فوجب أن لا يملكها أصله إذا شواها.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا قتلها فقد غيرها عما كانت، ومع ذلك لا يجب عليه إلا قيمتها. وقد قيل إنه إذا شواها، فإنه لم يتلف معظم منفعتها، لأنها تصلح للشِّيا، وليس كذلك في |[١٩٨ب] مسألتنا، وهذا ليس بشيّ، لأن عنده يأكلها وتلزمه قيمتها حية.

❊ **قالوا**: ولأنه فعل لو فعله المالك بماله لا يزيل ملكه فيه، فإذا فعل الغاصب مثله وجب أن لا يملك به أصله إذا غصب ثوبا فصبغه أو غصب فضة وطبعها.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الإحبال، ويلزم عليه القتل، وأما الأصل فلا نسلمه؛ لأنه إذا غصب فضة وطبعها فإنه يلزمه فضة مثل فضته التي غصبها منه فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن التعدي من الغاصب إذا لم يذهب معنى المالية، وجب أن لا يزيل الملك أصله إذا غصب ثوبا فصبغه.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه من إحبال الأب جارية ابنه، وأما الأصل فغير مسلم؛ وذلك أنه إذا غصب منه ثوبا فصبغه فلا يخلوا: إما أن يكون

تزيد قيمته أو تنقص. فإن نقصه فلديه الخيار، إن شاء أخذه ناقصا، وإن شاء تركه في يد غاصبه وأخذ قيمته يوم الغاصب. وأما إن رده في القيمة فلديه الخيار، إن شاء أخذه ودفع إلى الغاصب ما زاد في قيمته، وإن شاء تركه وأخذ قيمته.

وأما إن أبى رب الثوب أن يأخذه ويعطي زيادة الصبغ وأبى الغاصب أن يعطي قيمته، فإنه يباع الثوب ويدفع إلى ربه قيمته من ثمنه، وإن كان الفضل للغاصب فلم يصح ما قالوه من قياسهم على صبغ الثوب، ودل ذلك على صحة ما قلناه والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا غصب رجل من رجل عبدا فقطع الغاصب يدي العبد، فصاحبه بالخيار: بين أن يأخذه على ما وجده عليه، أو يأخذ قيمة العبد يوم الغصب، ويكون العبد للغاصب ويعتق عليه[1].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله[2].

وقال الشافعي: يأخذ القيمة ويبقى العبد ملكا للغاصب[3].

ودليلنا: هو إن في أخذ القيمة من الجاني للسيد ويبقى العبد على ملكه جمع بين البدل والمبدل فيما يقبل التمليك فوجب أن لا يجوز ذلك. أصله الثمن والمثمن لا يجوز أن يكونا للبائع والمشتري بدل الثمن للبائع والسلعة للمشتري، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن القيمة في مقابلة العبد وجميعه.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٣ ـ النوادر: ١٠/٣٣٤ ـ التفريع: ٢/٢٨٠ ـ التنبيهات: ٤/١٧٧٧ ـ المنتقى: ٧/٣٠٧.

(٢) انظر: المبسوط للشيباني: ٤/٥٥٨، بدائع الصنائع: ٧/١٦٥.

(٣) انظر: الأم: ٤/٥١٧ ـ المهذب: ٣/٤١٧، ٤١٨.

❊ **فإن قالوا:** لا نسلم أن للقيمة في مقابلة العبد بكماله، إنما هي في مقابلة يديه اللتين قطعهما، كما أن في الحر إذا قطعت يداه |[١٩٩أ] كانت الدية بدل يديه لا في مقابلة جملته.

❊ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن القيمة إنما هي في مقابلة جملته إلى جملته تقوم، فيقال كم كان يساوي وهو سالم اليدين فيقال ألف، فيلزم الغاصب ذلك، فدل على أن ذلك عوض جملته لا عن أطرافه، وأما الحر: فإن ذلك لا يقوم بتقويم الأموال، ألا ترى أنه لا يزاد في مقداره شيئا فيده مضمونة بمقدر، والعبد يجري مجرى الأموال، وأطرافه لا تضمن بقدر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأنها جناية على مملوك لا يملك فيها الجمع بين البدل والمبدل من غير تسليم العين. أصله الثياب، ولا يلزم عليه المدبر وأم الولد، لأنا قلنا جناية على مملوك قائم زال الملك.

ولأن التضمين يوجب التمليك فيما هو معرض لانتقال الملك، الدليل عليه الأب إذا أحيل عليه جارية ابنته، فإنها تكون له وتلزمه قيمتها فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **فإن قالوا:** فالإحبال جعلها بمنزلة المستهلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه بقطع يديه لم يجعله في حكم المستهلك.

❊ **والجواب:** هو أنه لا فرق بينهما، لأنه أيضا ههنا في حكم المستهلك، لأنه بقطع يديه لا تحصل به المنفعة فلم يصح ما قالوه، ولأنه لما قطع يدها صار مستهلكها، الذي يدل على ذلك؛ أنه لا تجري كذلك في الكفارة، وإذا أخذ قيمته لم يجز له أخذه كما لو أتلف عليه شاة، فأخذ قيمتها لا يجوز أن يأخذ شعرها ولا جلدها، فكذلك في مسألتنا مثله فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن السيد لا يستحق من عبده إلا قيمته أو عينه ، فأما إن استحق قيمته وعينه فلا ، الذي يدل عليه سائر المتلفات لا يستحق فيها الأشياء واحدا فكذلك العبد مثله. ولا يلزم عليه إذا قطع رجل يديه فإن الحكم في ذلك واحد ، ولأن السيد له إما أن يأخذه على ما وجده أو يأخذه بقيمة عبده يوم الغصب.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنها جناية يدي مملوك فلم يكن من شأن أخذ بدلها تسليم العبد إلى الجاني أصله إذا كانت الجناية على إحدى يديه.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم الأصل ، فلم يصح ما قالوه. ولأنه في قطع يده الواحدة ما صار في حكم المستهلك وليس كذلك إذا قطع يديه جميعا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنها جناية لو ||[١٩٩ب] كانت على المدبر لا يوجب تسليمه إلى الجاني بدل يأخذ البدل ، فإذا كانت على العبد القِن كان مثله ، أصله إذا طلب حق السيد.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا يجوز اعتبار حال المدبر بالعبد القن ، لأن العبد عندنا لا يجوز بيعه ولا المعاوضة عليه ، والعبد القن بخلافه ، وأما الأصل فغير مسلم ؛ لأنه يقال للمغصوب منه أنت بالخيار ، إن شئت أخذته مقطوع اليدين ، وإن شئت أخذتهما جميعا بكمال قيمة عبدك يوم الغصب ، فلم يصح ما قالوه من ذلك ، والله أعلم.

❖ مسألة:

إذا استكره امرأة على الزنا بها ، وجب عليه مهر مثلها والحد لله تعالى[١].

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٧٦ ـ المنتقى: ٧/٢٩٤ ـ المسالك: ٦/٣٣٧ ـ النوادر: ١٠/٢٦٥.

وبه قال الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: لا يجب لها المهر[2].

ودليلنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها»[3].

فوجه الدليل منه: أنه عليه السلام أوجب لها المهر، وهذا قد وجد منه الوطء، فوجب عليها المهر لا حكم.

❊ **قالوا**: إنما أراد عليه السلام بذلك إذا كان ذلك في النكاح الفاسد.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن الاعتبار يجب أن يكون بما علق عليه الحكم صاحب الشريعة، لأن **ذكر الصفة في الحكم تعليل**، وهو قوله: «فلها المهر بما استحل من فرجها».

والقياس: هو أنه ملتزم حكم الإسلام صادف وطأه أجنبية منه، فإذا سقط الحد عن الموطوءة سقط وجوب المهر على الواطئ. أصله إذا كان ذلك في النكاح الفاسد.

ولا يلزم الحربي فإنه غير ملتزم حكم الإسلام، ولا يلزم الزوج إذا وطئ زوجته، ولا السيد إذا وطئ أمته، ولا العبد إذا وطئ عبدته، لأنا قلنا أجنبية منه، وههنا العبد ليس بأجنبي من سيدته، ألا ترى أن لكل واحد منهما أن ينظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من صاحبه، ولا يلزم إذا طاوعته، لأن هناك يلزمه الحد

---

(١) انظر: الأم: ٥٤١/٤.

(٢) انظر: الآثار لمحمد بن الحسن: ١٣٣، ١٣٤ ـ المبسوط: ٩٠/٢٤ ـ بدائع الصنائع: ١٨١/٧.

(٣) تقدم تخريجه.

فلا يجب لها المهر، وإن شئت قلت: لأنه عين ملك وطأها، وهو من أهل الضمان في حقها فإذا سقط عنها وجب على الواطئ مهرها. أصله ما ذكرناه ولا يلزم عليه ما ذكرناه من المسائل.

❊ **قالوا:** فنقلب فنقول، فلا يجمع المهر والحد، أصله ما ذكرتم.

⚜ **والجواب:** هو أنكم لا تحتاجون إلى هذه الأوصاف؛ لأنكم لو قلتم وطئ صادف أجنبية لم ينتقض بشيء، ونحن نحتاج إلى ذلك لئلا يلزم ما ذكرناه من المسائل التي ذكرناها، فلم يصح ما قالوه.

|[٢٠٠أ] ولأنكم علقتم على العلة ضد المقتضى، والأوصاف التي ذكرناها تجلب الإيجاب والتغليظ لا الإسقاط والتخفيف.

❊ **قالوا:** المعنى في الأصل؛ أنه لا يجب الحد؛ فلذلك وجب المهر، وليس كذلك السيد في مسألتنا لأنه لما وجب الحد وجب أن لا يجب المهر.

⚜ **والجواب:** هو أن علة الأصل تبطل بالحربي، وبالزوج وبالسيد، فإن الحد لا يجب ولا المهر، ولأن علة الفرع لا تصح، لأنه بالضد، لأن في الموضع الذي لا يجب الحد يجب المهر، كما قلنا فيمن قتل ذميا خطأ فإنه يجب عليه الدية ويجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا مثله. وكذلك من قتل صيدا مملوكا وهو محرم وجب عليه قيمته لصاحبه ووجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

وقياس آخر: وهو أن ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح جاز أن يضمن بغير عقد ولا نسميه عقد، أصله الأعيان. ولا يلزم عليه إذا طاوعته، لأنا عللنا للجوار، ولأن ما قيمته بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بغير عقد أصله الأعيان.

❊ **قالوا**: المعنى في الأعيان أنه يوجد فيها معنى المالية، فلهذا جاز أن يضمن بمثلها، والبضع بخلاف ذلك لأنه لا يدخله البدل والإباحة.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا بالضد أولى ؛ لأن الأعيان لا تراد للمنافع، ولهذا كل عين لا منفعة لها فإنها لا تباع ولا يعقد عليها عقد بيع ولا غيره. ولأنه غير ممتنع أن يكون أحدهما كاملا والآخر ناقصا، ويقابل أحدهما بالآخر، كالدراهم والدنانير مع الحيوان، فإن الحيوان للتلف والفنا والتوى[1]، والذهب والفضة يبقيان ما بقي الزمان ولا يفنيان.

ولأن منفعة البضع أدخل في قبول الأعراض وغيرها، ولهذا قدرنا أقل الصداق جميعا وكان ذلك لتأكد البضع على غيره، وسائر الأموال لا يتقدر العوض فيها، فكان في مسألتنا أولى بأن لا تعرى عن العوض بحال.

وقياس: وهو أنه ظلمها بإتلاف ما تقدم، وهو من أهل الضمان في حقها فوجب أن يلزمه ضمانه أصله إذا حرق ثوبها. ولا يلزم عليه إذا طاوعته فإنه غير ظالم ولا هتك حرمتين حرمه الله تعالى وحرمة الآدمي، وكل واحد منهما يقابل العوض فوجب عليه حقان لهما أصله إذا قتل ذميا خطأ وجبت عليه الدية ووجب عليه الكفارة، فكذلك في مسألتنا. وكذلك إذا قتل صيدا مملوكا وهو محرم، ولا يلزم عليه إذا قتل حمارا أو بهيمة، فإنه قد هتك حرمة لآدمي، وحرمة لله تعالى لأن النبي ﷺ «نهى عن ذبح الحيوان إلا ليأكله».

|[٢٠٠ ب] وقياس آخر: وهو أن كل امرأة لو وطئها في النكاح الفاسد وجب عليها مهرها، فإذا وطئها مكرهة وجب عليه مهرها أصله الخرساء والمجنونة.

❊ **فإن قالوا**: وطئ الخرساء والمجنونة ليس بزنا ووطئ المكرهة زنا.

---

(١) التوى: هو الهلاك، المصباح المنير: ١/١٠٩.

❁ **والجواب**: هو أن ذلك كله زنا لأنه يتعلق به العدة ولا يثبت به النسب.

❋ **واحتج** بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، فوجه الدليل منه: هو أن الله تعالى وجب على الزاني الجلد ولم يذكر المهر، فمن قال يجب المهر فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ.

❁ **والجواب**: هو أن الآية نحن نقول بها، والحد وجب بها، والمهر وجب بدليل آخر، فيجمع بينهما.

والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأن النسخ هو الرفع والإزالة، ولهذا تقول العرب نسخت الشمس الظل ونسخت الريح، ألا ترى إذا أزالته ورفعته، وفي مسألتنا هو زيادة حكم إلى حكم، لأنا بقينا حكم الجلد وزدنا فيه المهر بدليل آخر، ولا يكون ذلك نسخا وهذا بمنزلة الزيادة في حاشية الكتاب، وفي زيادة الدراهم على ما في الكيس، فإنه لا يكون ذلك رفعا لما في الكتاب ولا لما في الكيس وكذلك في مسألتنا مثله، ولأنه قدرتم أيضا في آية التيمم الوضوء بالنبيذ بخبر واه ضعيف لا أصل له.

❋ **قالوا**: ولأنه استوفى منفعة من غير عقد ولا شبهة عقد، فوجب أن لا يضمن ذلك بمال أصله إذا طاوعته على ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا أخذ العبد الآبق من يد الراد، فإنه قد استوفاها منفعة من غير عقد ولا شبهة عقد ومع ذلك تلزمه الجعالة، وينكسر بإتلاف العين وأكلها، ولأنها فرق بين المنفعة وبين استيفاء المنفعة في باب الضمان. ألا ترى أنه إذا قطع يد رجل أو ضربها حتى شلت فإن الضمان في ذلك على حد سواء في باب الضمان.

والمعنى في الأصل أنها زانية، فلذلك لم يجب لها المهر، وليس كذلك

في مسألتنا، لأنها غير زانية يجب لها المهر، لأنها مظلومة مثابة مأجورة على ما فعل، فلم يصح الجمع بينهما. أو لأن المعنى في الزانية أنه يجب عليه الحد وجب أن لا يعرى وطأها عن مهر، كما لو وطئها، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما لم يجب عليها الحد وجب أن لا يعرى وطئها عن مهر كما لو وطئها بشبهة.

❊ **قالوا:** ولأن أحد الزانيين فلا يجب عليه المهر أصله المرأة.

⚜ **والجواب:** |[٢٠١/أ] هو أنه لا تأثير له في الأصل؛ لأنه لو كانت موطوءة بشبهة أو غير ذلك، لم يجب عليها أيضا مهر ثم يجعله (...)[1] ومعاوضة. فنقول المعنى في المرأة أنها لو كانت موطوءة بشبهة وجب لها المهر فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه وطئ لا تتعلق به العدة ولا يثبت به النسب، فلم يتعلق به المهر أصله إذا طاوعته.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم؛ لأنه تتعلق به العدة، وهو أنه ينكسر بالوطء في النكاح الفاسد، فإنه وطئ لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان، ومع ذلك يتعلق به المهر، والمعنى في الأصل ما قدمناه.

❊ **قالوا:** ولأن الفعل الواحد لا يجب به شيئان: أحدهما يسقط بالشبهة، والآخر مما لا يسقط، كالقتل عامدا لا يجب به القود الذي سقط بالشبهة فلا يجب عليه المهر الذي لا يسقط بالشبهة.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه المسلم إذا شرب خمرا لنصراني، فإن ذلك فعل واحد، ثم يتعلق به الحد الذي يسقط بالشبهة والقيمة التي لا تسقط

---

(١) كلمة لم أتبينها.

عندنا وعندكم.

وأصحاب أبي حنيفة يحتجون فيقولون في شرب الخمر إنهما فعلان، فلذلك وجب عليه الحد والقيمة، وجوب القيمة بذهاب عينها في الفم، والحد بحصولها في الجوف، فنقض عليهم أصحاب الشافعي إذا أخذ أنبوبة وردها في جوفه فإنه فعل واحد، ويتعلق به حقان، فكذلك إذا قتل صيدا مملوكا وهو محرم فالفعل واحد ويجب عليه القيمة للآدمي والجزاء، وكذلك قتل الخطأ يجب عليه الدية والكفارة فلم يصح ما قالوه. ولأن الدية والقود تجبان لآدمي واحد بدلان عن مبدل واحد فلا يجتمعان وفي مسألتنا الحد وجب لهتك حرمة الله تعالى، والمهر وجب للمرأة لأجل إتلاف منفعتها عليها من غير رضاها والله أعلم بذلك.

مسألة:

عند مالك رحمه الله أن من مثل بعبده عتق عليه، وذلك مثل أن يقطع أنفه أو يده أو يقلع عينه أو ما أشبه ذلك(1).

واختلفت الرواية عنه: هل يعتق بنفس الجناية، أو بحكم الحاكم.

فروي عنه أنه قال: يعتق بنفس الجناية. وروي عنه: أنه يعتق بالحكم(2).

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: لا يعتق(3).

ودليلنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم |[201ب] قال: «من مثل بعبده عتق عليه»(4).

---

(1) انظر: المدونة: 2/444 ـ النوادر: 12/393 وما بعدها ـ شرح مختصر ابن عبد الحكم للأبهري، مخطوط الأزهرية ل: 138ب ـ التفريع: 2/24.

(2) انظر: النوادر: 12/394 ـ التفريع: 2/24 ـ الكافي: 511.

(3) انظر: الأصل: 4/363، مختصر الطحاوي، ص230، الحاوي الكبير: 7/145.

(4) أخرجه الحاكم في المستدرك، في كتاب الحدود، 4/268، وابن عدي في الكامل،=

وفي خبر آخر: «فهو حر»[1].

❊ **قالوا:** فعمرو بن شعيب مرسل ونحن لا نقول بالمراسيل.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقول بذلك، والثاني هو أن من قال بمراسيل سعيد بن المسيب يجب أن يقول بكل مرسل.

❊ **قالوا:** فمراسيل سعيد بن المسيب قد تتبعت فوجدت من المسانيد.

⚜ **والجواب:** هو أنها لا تكون مثل المسانيد، لأن المسند غير المرسل.

والثاني: هو أن المرسل قد يكون خيرا من المسند، لأنه إذا أرسله الثقة علم أنه ما أرسله إلا لثبوته، والمسند إذا أسند فإنه يريد أن يخرج عن عهدته فكان بالقول أحسن حالا من رده فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** فيحتمل أن يكون عليه السلام إنما قال ذلك على وجه التغليظ، كما قال ﷺ: «من قتل عبده قتلناه»[2]. ومعلوم أنه لا يقتل به.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنا لو خلينا فالظاهر لقتلنا السيد بقتله عبده، ولكن قام الدليل عليه من حيث الإجماع، وههنا ما قام دليل، فنحن على موجب الخبر ومقتضاه، فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أنه أتلف منه جزءا بغير عوض، فجاز أن يسري إلى جميعه.

= ٧٨٦/٢، والحديث في إسناده ضعف. انظر: نصب الراية: ١٧٧/٤. وروى ابن ماجه عن سلمة بن روح بن زنباع عن جده أنه قدم على النبي ﷺ وقد خصى غلاما له، فأعتقه النبي ﷺ بالمثلة». أخرجه في الديات، باب من مثل بعبده فهو حر، ر: ٢٢٦٧٩، ٨٩٤/٢.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الحدود، ٢٦٨/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه، ر: ٤٥١٥، ص ٤٩٤، والترمذي في الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل عبده، ر: ١٤١٤، ٢٦/٤، وأحمد في المسند، ر: ٢٠٢١٤، ٣٧١/٣٣، والحديث فيه اسناده ضعف، انظر: البدر المنير: ٣٧١/٨.

أصله إذا أعتق بعضه، ولأن ذلك على وجه العقوبة حتى لا يعود إلى مثل ذلك فعوقب لإخراج تملكه عنه كما عوقب القاتل عمدا بالإحرام من الميراث.

❊ **واحتج** بأن قال: إن العتق إسقاط حق، ومع ذلك بالجناية على البعض يسري كما ذكرناه فيما إذا أعتق شقصا له في عبد، لأنه لما أتلف ذلك سرى إلى جميعه فكذلك في مسألتنا.

وعلى أن المعنى في الأصل وهو أن ذلك لا يملكه، لأن له مطالب يطالب به، وليس كذلك السيد، لأن الحق له فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن كل جناية لا توجب إسقاط الرق إذا لم تكن على وجه المثلة لم توجب العتق إذا كانت على وجه المثلة أصله إذا جرح عبد غيره.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن يكون ذلك في ملكه ولا يجري في ملك غيره، ألا ترى أنه إذا كان له شقص في عبد فعتقه سرى إلى جميعه ولو باشر بذلك عن العبد لم يلزم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وعلى أن عندنا لو غصب عبدا فقطع يده أو فقأ عينه، فإنه يغرم قيمته لربه ويعتق عليه على الغاصب، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن المثلة معصية، والمعصية لا تؤثر في إسقاط الملك أصله إذا ضربه بغير ذنب.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا يبطل بما إذا قتله، |[٢٠٢أ] فإن هذه من أكبر المعاصي، ومع ذلك لا يزول ملكه عنه فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن من غصب لوحا فأدخله في سقفه أو ساجة فأدخلها في بنيانه،

فإنه يحب عليه رد ذلك إلى صاحبه ولو كان عليه في ذلك ضرورة(١).

وبه قال الشافعي: رحمه الله(٢).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه قيمتها(٣).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، والغاصب ظالم فوجب الحمل عليه.

وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يأخذ أحدكم مال أخيه جادا ولا هازلا، ومن أخذ عصى لأخيه فليرد ذلك عليه»(٤)، وهذا نص، فوجب العمل عليه.

وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من وجد عين ماله فهو أحق به»(٥). وهذا قد وجد عين ماله، فجاز له أخذه.

وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٦).

وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ليس لعرق ظالم حق»(٧).

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٨٧ ـ النوادر: ١٠/٣٢٥ ـ التفريع: ٢/٢٧٧ ـ الكافي: ٤٣١.

(٢) انظر: ألأم: ٤/٥٢٥، ٥٢٦ و٥٣٨ ـ المهذب: ٣/٤٣٠.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ١١٧، ١١٨ ـ المبسوط: ١١/٩٣.

(٤) أخرجه أبو داود في الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، ر: ٥٠٠٣، ص٥٤١، والطبراني في الكبير: ر: ٦٣٠، ٢٢/٢٤١، والبيهقي في الكبرى، باب من غصب لوحا... ٦/١٠٠، وقال في البدر المنير: «قال البيهقي في الخلافيات: إسناد هذا الحديث حسن»، ٦/٦٩٦.

(٥) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل، ر: ٣٥٣١، ص ٣٩٢، والدار قطني في البيوع، ر: ٢٨٩٧، ٣/٢٤٩، وقال في مصباح الزجاجة: إسناده ضعيف. مصباح الزجاجة: ٣/٤٥.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

والقياس: هو أنه مغصوب يجب رده فوجب لما بناه عليها أنها مغصوبة، ولأنه لما ضمنها صارت من جملة أملاكه، لأن قيمته تلزمه فصارت تبعا لأملاكه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أنا ندل عليه لأنها جناية تمخض تحريمها فلا يزول ملك صاحبها أصله سائر الأشياء المغصوبة. ولأن ما قالوه لا يصح من وجه آخر، ولأنه لو نقض البناء وردها على صاحبها أجبر على أخذها، فثبت بذلك أنها مغصوبة منه.

❊ **فإن قالوا**: لا نسلم أنه يجب عليه ردها، لأن في ذلك إضاعة المال وإتلافه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك لأنه: «نهى عن القيل والقال وإضاعة المال»(1).

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا حجة فيه؛ لأن إتلاف المال إذا كان الغرض صحيحا فإنه يجوز له ذلك. ألا ترى أن الرجل يبني حماما ثم يريد أن يهدمه ويجعله دكانا أو بستانا فإن ذلك جائز له فعله وإن كان له في ذلك إضاعة المال، وفي مسألتنا إذا نقض البنيان لخلص الشيء المغصوب ويرده إلى صاحبه وترك ظلمه ويخرج من المأثم، فإن ذلك غرضا صحيحا. والخبر إنما يتناول إضاعة المال فيما لا عرض فيه صحيح، مثل أن ينذر ماله فيما لا منفعة له فيه، وههنا يزول الإثم والظلم برد ذلك إلى صاحبه فلم يتناول ما نحن فيه.

❊ **قالوا**: أليس إذا جاز ردها فما يوجب وجوب ذلك، ألا ترى أن النوافل والهبات والعطيات وسائر التطوعات يجوز فعلها ولا يجب ردها.

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول كل شيء يجوز رده يجب رده، وإنما قلنا

(1) أخرجه مسلم في الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة... ١٧١٥، ص٧١٢.

|[٢٠٢ب] ذلك في المغصوب إذا جاز رده وجب رده وهذا يطرد في الأصل، وينعكس في الخيط إذا غصبه ليخيط به خرج حيوان.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل إنما وجب رده لأنه لم يعد بائعا لملكه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه صار تابعا لملكه، ألا ترى أنها لو كانت دارا فأراد بيع الدار تبعتها ساحتها في البيع.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا يلزم عليه إذا غصب منه طعاما **ببغداد** ثم لقيه **بالبصرة** وطالبه به، فإنه قال تجب قيمته التي تسوى ببغداد ويصبر عليه إلى أن يعود إلى **بغداد** حتى يرد عليه طعامه، وكذلك إذا غصب منه جارية **بالري** ثم طالبه بها ببغداد فإنه يلزمه دفع القيمة إليه بما يسوى بالري أو ردها بالري، ومع ذلك لم يصر الطعام ولا الجارية تبعا لملكها.

والثاني: هو أنا لا نسلم أن ذلك صارا تبعا لملكه، لأنها باقية على ملك المغصوب منه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه مغصوب يمكن رده من فير ضرر على مال غيره، ولا إدخال ضرر على حيوان له حرمته، فوجب رده، أصله إذا لم يبن عليها. ولا يلزم عليه إذا غصب منه لوحا فأدخله في سفينته وفيها متاع الغير وهي في لجة البحر فإن ذلك ضررا على مال الغاصب. ولا يلزم عليه إذا غضب خيطا فخاط به جرح حيوان له حرمة.

ولأنه مغصوب يجوز رده إذا لم يبن عليه فجاز رده، وإن بنى عليه، أصله إذا حوّط عليه حائط.

وقياس آخر: وهو أنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بعدوان فوجب رده على مالكه أصله إذا غصب عليه أرضا ماء فيها وغرس.

❊ واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1]، وفي بعض هذا البناء ضرر عظيم، فوجب أن لا يجبر على ذلك.

❁ والجواب: هو أن الضرر (...)[2] إلا أن الحمل على الغاصب أول، ى لأنه متعد والسبيل عليه، لأنه أخذ ما لا يستحقه وما لا يحل له فعله، فكان بالحمل عليه أولى.

❊ قالوا: فيمكن زوال الضرر عن المغصوب منه، لأنا لا نسلم إليه قيمة ذلك وافيا موفرا، فلا يلحقه بذلك ضرر.

❁ والجواب: هو أن هذا إجبار له على تر ك عين ماله، وهذا من أكبر ما يكون في الضرر، ولو لزم هذا في الساجة لجاز أن يقال، إذا غصب منه أرضا فغرس فيها نخلا وصارت تحمل على أن لا يجبر على قلع ذلك، لأن فيه ضررا على الغاصب وسلم إليه القيمة المغصوبة منه، فلما أخذها على خلاف دل على أنه يجب تسليم |[٢٠٣أ] عين ماله إذا وجد إلى ذلك سبيلا، ولأنه لا يلزمه أخذ القيمة إلا أن يرضى بذلك.

❊ قالوا: ولأنه تابع لملكه يلحقه في رده الضرر، فلا يجب عليه رد، أصله إذا غصب منه خيطا وخاط به جرح حيوان له حرمة.

❁ والجواب: هو أنا لا نسلم أنه صارت تابعة لملكه لأنها ملك غيره.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون عليه في ذلك ضرر، ومع ذلك يجب الرد، ألا ترى أنه لو غصب منه جارية فأولدها فلا يجب للغاصب الرجوع بشيء من ذلك، وإن كنا نعلم أن عليه في ذلك أشد الضرر فلم يصح ما قالوه.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) كلمة لم أتبينها.

وكذلك إذا غصب منه طعاما وأجذاعا ونقلها من موضع إلى موضع وأنفق عليها نفقة لمن حملها، فإنه يرد ذلك كله، وإن كان قد حصل الضرر عليه، بأن أنفق ماله ولا سبيل إلى المطالبة بحبة منه فلم يصح هذا الكلام.

والثالث: هو أنه لما بنى عليها الغير فقد أسقط حرمة ماله وبنائه، لأنه بناه على مال الغير، لأن الرسول ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[1].

وأما الأصل فمن أصحابنا من قال: لا نسلمه ويجب أخذ الخيط ورده إلى صاحبه وإن كان في ذلك ضرر وإتلاف الحيوان، ولأن أكثر ما في ذلك إتلاف مال الغاصب، ونحن نتلف عليه حائطا بناه وأنفق عليه مائة دينار ولا نبالي، فكذلك في الشاة التي تسوى درهما أو عشرة دراهم يجب أن يفعل ذلك.

ومن أصحابنا من فرق بينهما وقال: لا يرد الخيط، لأن للحيوان حرمة في نفسه[2]. ألا ترى أن الغاصب نفسه لو أراد ذلك لما ألزمناه ذلك، لما فيه من الضرر على الحيوان الذي له حرمة، وفي الساجة لو نزع وقال أنا أرد وأنقض جميع ما بنيته كان ذلك له فافترقا.

❊ **قالوا**: وإن كان للحيوان حرمة وتعظيما، قلنا لهذا أيضا حرمة، فوجب أن لا يضع عليه، ألا ترى أن الرسول ﷺ قال: «حرمة مال الرجل كحرمة دمه»[3].

❊ **والجواب**: هو أن حرمة المال إنما هي لحرمة المالك، وحرمة الحيوان إنما هي لحرمة لنفسه، وإن كان للغاصب فإن للحيوان حرمة في نفسه، وإن لم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: الكافي: ٤٣١، ٤٣٢ ـ المقدمات: ٢/٤٩٥.

(٣) تقدم تخريجه.

يكن للغاصب حرمة، لأنه أسقط حرمة نفسه، وأما إن كان في السفينة مال للغاصب فإنه يقلع اللوح ويرده على مالكه، وإن كان فيها مال الغير فإنا لا نقلعه، لأن في ذلك إتلاف مال من ليس بغاصب ولا متعد فافترقا لذلك.

❊ **قالوا:** ولأنه إذا بنى عليها فقد غيبها عن بصره على وجه |[٢٠٣ ب] يلحقه به الضرر والمشقة في إحضارها فأشبه ما إذا غصب منه شيئا وغيبه عن مشاهدته، فإنه يضمنه له بالقيمة فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم ذلك؛ لأنه إذا علم منه أنه غيبه على هذا الوجه وأخذ قيمته ثم ظهر بعد ذلك، فله الرجوع فيه ورد ما أخذ من القيمة، وعلى أنه يلزم عليه إذا سرق متاعا فغيبه عن صاحبه في بيت وطيّن عليه، فإنه يوجد ذلك منه وإن كان قد غيبه عن صاحبه فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه ينافي ملكه بحق فلا يجوز نقضه عليه أصله إذا لم يبن حوله.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه بنى بحق بل بنى بظلم وعدوان، لأنه عليه السلام قال: «ليس لعرق ظالم حق»[1]، فوجب أن يجبر على قلع ذلك ورده إلى صاحبه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا يجوز اجتماع الغرم مع القطع على السارق[2].

وبه قال الشافعي رحمه الله[3].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا غرم قيمة المسروق لم يقطع[4].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: المدونة: ٥٣٩/٤ ـ النوادر: ٤٢٦/١٤ وما بعدها ـ التفريع: ٢٣٠/٢ ـ الكافي: ٥٨٠.

(٣) انظر: مختصر المزني: ٢٦٤ ـ الحاوي الكبير: ١٦٥/٧.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وهذا قد سرق منه حنطة أو شعيرا أو ثوبا فيجب أن يؤخذ منه بظاهر الآية، لأن الله تعالى لم يفصل بين أن يقطع أو لا يقطع.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1] ولم يفصل.

والقياس: هو إن ثبتت يده على مال الغير على سبيل العدوان وهو في حقه من أهل الضمان فإذا تلف في يده كان عليه الضمان أصله المغصوب في يد الغاصب، وفيه احتراز من الوكيل والحربي والعبد وغيرهم.

❊ **قالوا:** نقلب فنقول، فلا يجتمع الغرم مع القطع أصله ما ذكرتم.

⚜ **والجواب:** هو أنكم لا تحتاجون إلى هذه الأوصاف، لأنكم قلتم لو ثبتت يده على مال غيره كفى ذلك، ونحن نتحرز بذلك من مسائل.

والثاني: هو أنكم علقتم على العلة ضد المقتضى، لأن ثبوت اليد على الشيء على سبيل العدوان والظلم، فوجب التغليظ عليه لا الإسقاط عنه، فوجب أن لا يصح هذا القلب، ولأن في الأصل لم يوجد إلا أحد الحكمين وهو الغرم، وأما علة القطع فلم توجد، لأن القطع وجب لأخذ المال على سبيل لا يمكن التحرز منه وفي الغصب لا يوجد ذلك، وفي مسألتنا قد وجدت علة كل واحد من الحكمين فإنه سرق على وجه لا يمكن التحرز منه وأتلف مال الغير ظلما وعدوانا.

وقياس آخر: وهو |[٢٠٤أ] أنه حد يجب مع رد العين فجاز أن يجب مع رد بدل العين أصله حد الزنا.

---

(١) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك إنما كان كذلك، لأنهما فعلان أحدهما تستوفى المنفعة والآخر يجب للحرمة وفي مسألتنا فعل واحد، ووزان مسألتنا إذا سرق النصاب وأحرق الحرز.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما، لأن كل واحد منهما مثل الآخر، لأن الحد وجب لأجل الهتك والغرم وجب لأجل مال الغير الذي لا شبهة له فيه.

وقياس آخر: وهو أنهما حقان بسببين مختلفين لمستحقين فجاز اجتماعهما، أو فوجوب أحدهما لا ينفع وجواب آخر أصله قيمة الصيد والجزاء.

❊ **فإن قالوا**: لا نسلم أنهما حقان بسببين مختلفين بل سببهما السرقة فحسب.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن سبب الضمان أخذه من موضعه بغير إذن صاحبه فإنه لو تلف في يده قبل منه إخراجه من الحرز وجب عليه ضمانه واستقر ذلك عليه، وسبب القطع انفصاله عن الحرز وإخراجه منه.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، وهو الصيد أنه إذا وجبت قيمته لم تملكه بذلك، وفي مسألتنا إذا وجبت القيمة صار الشيء ملكا له فلا يجوز قطع يده في ماله.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه يبطل بما إذا زنى بأمة فإنه يجب عليه ويجب عليه رد الأمة، والثاني: هو أن التضمين لا يوجب التمليك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فوجه الدليل منه، أن الله تعالى أوجب القطع ولم يذكر الغرم، فمن قال إنه يجب معه الغرم فقد زاد في النص وذلك يوجب النسخ، ونسخ القرآن لا يجوز إلا بمثل ما ثبت به القرآن.

والثاني هو أن الله تعالى جعل القطع جميع الجزاء فقال: ﴿فَاقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا﴾، وأنتم تجعلون ذلك بعض الجزاء فتوجبون الغرم مع القطع.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ وذلك هو أن النسخ هو الرفع والإزالة في الشرع، والنقل والتحول في اللغة، وذلك لم يوجد ههنا. ولأن الزيادة في الشيء لا تكون نسخا له كالزيادة في الكيس والزيادة في حاشية الكتاب.

وأما الجواب عن قوله تعالى الجزاء لقطع عن الجملة فليس بكلام صحيح، لأن القطع إنما هو لأجل هتك الحرمة التي قيل له لا تفعل ذلك، فإذا غصبت وفعلت قطعناك، وأما الغرم فهو حق لآدمي فهو كما ذكرناه إذا قتل صيدا مملوكا، فإنما يوجب عليه الحد لله تعالى، وتوجب القيمة لصاحبه فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وروى عبد الرحمن |[٢٠٤ب] بن عوف الزهري عن النبي ﷺ أنه قال: «لا غرم على السارق بعد القطع»[١] وروي أنه عليه السلام قال: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»[٢]، وهو ﷺ قطع سارقا ولم يغرمه، وهذه كلها نصوص فيما اختلفنا فيه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر ضعيف ؛ وذلك أن راويه: إبراهيم بن سعيد عن أخيه المسور بن سعيد عن عبد الرحمن، فأما إبراهيم، فهو ضعيف في الحديث، وأما أخوه فقد قيل: إنه لم يلق عبد الرحمن[٣].

---

(١) أخرجه النسائي، كتاب قطع السارق، باب لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد، ر: ٧٤٣٥، ٧/٤٤، والبيهقي في الكبرى، باب غرم السارق، ٨/٢٧٧. وقال الحافظ في الدراية: حديث منقطع لا يثبت. ٢/١١٣.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب غرم السارق، ٨/٢٧٧.

(٣) قال الحافظ بن حجر في لسان الميزان: "وفي ذكره أي الاسناد فائدة: وهو أنه عن سعد بن=

والثاني: هو أنه محمول على ما كان في صدر الإسلام، حيث كانت العقوبات في الأموال دون الأبدان، فلما صارت في الأبدان سقط ذلك الغرم، فكأنه عليه السلام أشار إلى ذلك، والدليل على أن ذلك ما روي أن النبي ﷺ قال: «من سرق من حريسة جبل شيئا فعليه مثلاه وجلدات نكالا»[1].

وروي «من غل من الغنيمة شيئا أحرق عليه رحله»[2].

وقال: «فمن امتنع من أداء الزكاة فإنا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات

= إبراهيم، أو سعيد عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف كما ترى «انظر: لسان الميزان: ٤/٣٦. وانظر: السنن الكبرى للبيهقي، ٨/٢٧٧.
ويلاحظ أن القاضي نكس اسم الرجلين.

(١) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ، برواية محمد بن الحسن الشيباني، قال: أخبرنا مالك حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين أن رسول الله ﷺ قال: لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع في ما بلغ ثمن المجن». أخرجه في كتاب السرقة، باب من سرق تمرا وغير ذلك مما لم يحرز، ر: ٦٨٣، ٢١٦، والبيهقي في الكبرى، باب ما يكون حرزا وما لا يكون، ٨/٢٦٦. وأخرج ابن ماجه والحاكم والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص: «أن رجلا من مزينة أتى رسول الله - ﷺ - فقال: يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل؟ قال: «هي ومثلها والنكال وليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح وبلغ ثمن المجن ففيه قطع اليد وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال». قال: يا رسول الله فكيف ترى في الثمر المعلق؟ قال: «هو ومثله معه والنكال وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال». سنن البيهقي: باب ما جاء في تضعيف الغرامة، ٨/٢٧٨.

(٢) رواه البيهقي بسنده بلفظ آخر قال: حدثني صالح بن محمد بن زائدة قال: دخلت مع مسلمة بن عبد الملك أرض الروم فأتى برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال: سمعت أبى يحدث عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي - ﷺ - قال: «إذا وجدتم الرجل قد غل فأحرقوا متاعه واضربوه». قال: فوجدنا في متاعه مصحفا فسئل سالم عنه فقال بعه وتصدق بثمنه. قال البيهقي: لفظ حديث سعيد فهذا ضعيف. أخرجه في السنن الكبرى، باب لا يقطع من غل في الغنيمة، ٩/١٠٣.

ربنا ليس لآل محمد فيها شيء»[1]، ثم نسخ ذلك كله وصارت العقوبات في الأبدان، فأما هذا الغرم فإنه على سبيل البدل لا على سبيل العقوبة.

❊ **قالوا**: ولأنه فعل واحد فلا يجب به القطع والغرم أصله قطع اليد.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه فعل واحد بل هما فعلان، أحدهما: حد النصاب في الحرز، فإنه أوجب الضمان، والثاني: إخراجه من الحرز وهو فعل آخر.

❊ **قالوا**: فنحن نفرض المسألة في رجل سرق ثوبا من تحت رأس رجل نائم؛ فإن ذلك فعل واحد.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك أيضا فعلان وضع يده عليها وهو نائم يوجب الضمان وحيث ثبتت يده عليه وانقضى له به من تحت رأسه وسله فعل آخر، وهو الذي يتعلق به القطع.

والمعنى في الأصل، أن تلك جناية واحدة لها بدلان فلا يجتمعان كالقصاص مع الدية، وليس كذلك في مسألتنا لأنهما فعلان أحدهما يتعلق بحق الله، والثاني بحق الآدمي، فهما بمنزلة الكفارة والدية، الكفارة لله تعالى، والدية للآدمي، وبمنزلة قتل الصيد المملوك، الجزاء لله تعالى والقيمة للآدمي، فلم يصح ما قالوه، ووجب اجتماع ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: ولأن الفعل الواحد لا يتعلق به ما يسقط بالشبهة وما لا يسقط بها كالزنا ||[٢٠٥أ] لا يجب به المهر والحد والقتل لا عمدا لا يجب به القود والدية.

---

(١) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة، ر: ١٥٧٥، ص١٨٧، والنسائي في الزكاة، باب عقوبة مانع الزكاة، ر: ٢٢٣٦، ١١/٣. وإسناده صحيح. انظر: البدر المنير: ٣٥٧/٢.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا شرب الخمر للنصراني، فإنه يجب عليه الحد ويجب عليه قيمته له، ولا يمتنع أن يجتمعا أيضا من وجه آخر، كالدية مع الكفارة وقيمة الصيد مع الجزاء.

❊ **قالوا**: فهذه المسألة مبنية على أصل، وذلك أن **التضمين يوجب التمليك**، فإذا غرمناه قيمة المسروق صار ملكا له ولا يحوز أن يقطع الإنسان في ملك نفسه.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أنه يملك ذلك، ألا تراه أنه لو وجده، أخذه. فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو أنه لو كان يملك ذلك بالتضمين لوجب إذا ملك بعض المسروق وغرم أرشه وملكه بذلك أن لا يجب القطع، فإنه شريك المالك في تلك العين المسروقة، والشريك لا يقطع بأخذ مال شريكه الذي له فيه شبهة فلما أوجبتم القطع عليه دل بذلك على بطلان ما قلتم، والله أعلم.

كتاب الاستحقاق

وإذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه: أنه قال للمستحق أن يأخذها.

وروي عنه: أنه ليس عليه أخذها وله قيمتها[1].

فوجه الرواية أن له أن له أخذها: هو أنها باقية على ملكه، واستيلاد الغير إياها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاد، وإنما كان كذلك لأنها لا يثبت لها ذلك إلا بفعل من السيد، فأما على وجه صنع له فيه فإنه لا يجب لها ذلك.

والقياس: هو أنها ولدت من غير مالك فلا يثبت لها حرمة الاستيلاد. أصله إذا ولدت من نكاح فإنه لا يثبت لها ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله، ولأن اعتقاد الواطئ استباحة بوطئها بالوطئ، كاعتقاده ذلك في النكاح. وقد تقرر أنها لو غرت من نفسها فزوجها رجل على أنها حرة ووطئها، فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع مثله، وهذه الرواية لا يأخذها، بل يجب له قيمتها هو أنه واطئ بشبهة الملك، وشبهة كل عقد مردودة إلى صحته فلم يجز له أخذها، والأولى أصح.

فَصْلٌ

وإذا قلنا أنه ليس له أخذها فله أخذ القيمة، ويكون الاعتبار في ذلك يوم

---

(١) المدونة: ٤/١٧٧ و٢٠١ ـ النوادر: ١٠/٣٩١، ٣٩٢ ـ التفريع: ٢/٢٨٣ ـ الكافي: ٤٣٣.

فاتت بالوطء، كما يكون ذلك على الغاصب يوم الغصب[1].

|[٢٠٥ ب]

فَصْلٌ

فأما إن لم يختر أخذ القيمة واختار أخذ الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك[2]. وإنما قلنا ذلك لأنه متعد عليها باختيار له.

فَصْلٌ

وأما إذا قلنا أنه لا يأخذها أو له أخذها، فإن الولد لا يأخذه بحال ولا سبب[3]، وإنما قلنا ذلك لأن الأب دخل على أنه وطئ في ملكه وأن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم بوجه ولا سبب.

فَصْلٌ

فأما إذا أخذ قيمتهم من الأب أعني من الأولاد، فقد اختلفت الرواية في ذلك:

فروي أن له أن يأخذ ذلك، وروي عنه أنه لا يأخذ لهم قيمة[4].

فوجه الرواية أن له أخذ ذلك: وهو أن الأصل إن ولدها ملك له، إلا أنه منع من ذلك لحرمة الاستيلاد الثابت بالشبهة، فكان له الرجوع بالقيمة على الأب، لأن ذلك سبب يمنع أخذ السيد لهم.

وإذا قلنا لا يأخذ قيمتهم فوجه ذلك: هو أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأم، وثبوت حرمتها، فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/١٧٧ ـ النوادر: ١٠/٣٩١ ـ التفريع: ٢/٢٨٣ ـ الكافي: ٤٣٣.
(٢) انظر: المدونة: ٤/٢٠١ ـ النوادر: ١٠/٣٩١ ـ الكافي: ٤٣٣.
(٣) انظر: المدونة: ٤/١٧٧ ـ النوادر: ١٠/٣٩٢ ـ التفريع: ٢/٢٨٣.
(٤) انظر: المدونة: ٤/٢٠١ ـ النوادر: ١٠/٣٨٧ ـ التفريع: ٢/٢٨٣ ـ الكافي: ٤٣٣.

فَصْلٌ

فأما إذا وجدها قد ولدت من الغاصب فإنه يأخذها ويأخذ ولدها[1] .

وإنما قلنا ذلك لأن حرمة الاستيلاد لم تثبت لها ، وإنما قلنا إنه يأخذ الأولاد معها لأنهم ملك له ، لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار ، والواطئ زان إذا وطئ على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد .

فَصْلٌ

فإذا غرّت الأمة من نفسها رجلا فزوجها على أنها حرة فلسيدها أخذها .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه ، وله أخذ قيمة الولد من الأب[2] .

وإنما قلنا ذلك: لأنه سبب زوال ملك السيد عنهم ، لأنه دخل على أن يكونوا أحرارا لما غرته من نفسها ، وهذا كله إذا كان الواطئ أجنبيا أو ممن لا يعتق ولده على المستحق . فأما إذا كان له أما أو ابنا أو ممن يعتق ولده على المستحق ، فلا رجوع له بقيمة الولد على الواطئ[3] .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز ، والقيمة تكون يوم الحكم ، لأن ذلك وقت استحقاقهم ، ويرجع الأب بالصداق على من غرّه .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الغرض لم يسلم له ، ولا يرجع بقيمة الولد إذا أخذت منه على من غره ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الغرور لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع فحسب .

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٠١ ـ النوادر: ١٠/٣٩١ التفريع: ٢/٢٨٣ .
(٢) انظر: المدونة: ٤/٢٠٢ ـ النوادر: ١٠/٣٩٩ ـ التفريع: ٢/٢٨٤ .
(٣) انظر: المدونة: ٤/٢٠٢ .

فَصْلٌ

وإذا ابتاع الرجل خرابه فعمرها وأحياها مواتا ثم جاء المستحق فإنه يأخذ ذلك؛ لأنه |[٢٠٦أ] ملكه إن أحب بعد أن يدفع قيمة العمارة قائمة ويرجع المشتري بالثمن على بائعه، فأما إن لم يختر المستحق ذلك، قيل للثاني ادفع إليه قيمة أرضه براحا وتكون لك، فأما إن أبى ذلك فإنهما يكونا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة، وقيمة العمارة قائمة(١).

وإنما قلنا إن المستحق بالخيار؛ لأنه أقوى سببا، لأن الأرض له والمشتري أو المحيي عمر في شبهة ملك، فكان صاحب الملك مقدما عليهما.

وإنما قلنا إنه يعطيه قيمة البناء قائما؛ لأنه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بقلع ذلك، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه ما شاء، فلم يكن ظالما بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا إنه إذا بدل القيمة لزم الثاني أخذها؛ لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة.

وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم؛ لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى المستحق؛ ليزول الضرر عنهما فيقال للباني ادفع إليه قيمة أرضه براحا، فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجبر على أخذه؛ لأن الثاني يقول لست أختار أن يكون لي بناء في ملك غيري فيكون ذلك له.

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر

(١) انظر: المدونة: ٤/١٩٠ و١٩٢ ـ النوادر: ١٠/٤٠٦ ـ التفريع: ٢/٢٨٢ ـ الكافي: ٤٣٢.

قيمة ماله؛ لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة.

فَصْلٌ

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير، إن شاء قلع بنيانه وغرسه وإن شاء أعطاه قيمته مقطوعا بعد طرح أجرة القلع(١).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن عرق الغاصب لا حرمة له؛ لأنه عرق ظالم فكان لرب المال قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعا إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته، لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها أو إخراج إلى عمارتها فيكون له ذلك.

وإنما قلنا يدفع إليه قيمة ذلك مقلوعا، لأن تبقيته غير مستحقة عليه، ولأن القيمة في هذا الموضع بدل عن عين الغراس، فلما كان كالغاصب أخذه نقضا وخشبا كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه.

وإنما قلنا يحط عنه أجرة القلع، لأن قلعه مستحق على الغاصب، لأن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة، وليس للغاصب قيمة ما لا قيمة له إن قلع، ولا قلع مثل الجص الذي لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق |[٢٠٦ ب] وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا ذلك، لأن قلع ذلك كله اضرار برب الأرض لأنها تعور أرضه من غير نفع يحصل للغائب فلم يمكن من ذلك، ولا يلتفتن إلى قوله إن هذه غير شيء فلي أخذه، لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار المالك فلا يمكن منه والله أعلم بذلك.

تمّ الاستحقاق.

---

(١) انظر: المدونة: ١٩٠/٤، ١٩٢ ـ النوادر: ٤٠٥/١٠ ـ التفريع: ٢٧٩/٢ ـ الكافي: ٤٣٢

كتاب الهبات والصدقات والأحباس

مسألة:

عندنا أن الهبة تصح وتلزم من غير قبض، لأن القبض شرط في نفودها وتمامها، فإذا قال: تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأموال، أو وهبته منك ولم يرد بالهبة العوض للثواب، فقال قبلت منك، فقد انعقد العقد، وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع في ذلك، ويلزمه اقباضه للموهوب له أو المتصدق عليه، وهو على المطالبة به، ويجبر على ذلك بأن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخر الإقباض. وإن مات الموهوب له والمتصدق عليه لم يبطل ذلك بموته، ولورثه من المطالبة مثل الذي كان في حياته، فإن تراخى الموهوب له بالتصدق عليه في المطالبة بالإقباض وأمكنه قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض، بطلت ولم يكن له شيء[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله: لا ينعقد ذلك إلا بالقبض، وما لم يقبض يكون ذلك جائزا غير لازم[2].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا قد عقد على نفسه عقدا فوجب الوفاء به. وأيضا ما روي أن النبي ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»[3]، ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض وبعده.

---

(١) انظر: المدونة: ٣٨٢/٤ ـ ٣٨٧ ـ النوادر: ١٩٥/١٢ ـ التفريع: ٣١١/٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٣٨ ـ المبسوط: ٤٨/١٢ ـ بدائع الصنائع: ١١٥/٦ ـ المهذب: ٦٩٥/٣ ـ الحاوي الكبير: ٥٣٥/٧ ـ الروضة: ٤٢٨/٤.

(٣) أخرجه البخاري في الهبة، باب الاشهاد على الهبة، ر: ٢٥٨٩، ومسلم في الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، ر: ١٦٢٢، ص٦٢٢.

والقياس: هو أنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

وقياس آخر: وهو أنه عطية فلم يفتقر انعقادها إلى القبض أصله الوصية والوقف، ولأن سائر العقود إنما تلزم بالإيجاب والقبول فكذلك الهبة.

❊ **واحتج** بما روي أن أبا بكر رضي الله عنه «نحل عائشة رضي الله عنها جدادا عشرين وسقا من الغلة، فلما اشتد مرضه قال: يا بنية: إني كنت نحلتك جدادا عشرين وسقا، وودت أنك حزتيه وقبضتيه، وإنما هو اليوم مال وإرث وإنما هو أخواك وأختاك، فإنه |[٢٠٧أ] ألقى في روعي أن ذا بطن خارجة بنت[1].

❊ **قالوا**: فوجه الدليل منه أشرط في الهبة الإقباض والخيار فدل على أن ذلك شرط.

❊ **والجواب**: هو أن هذا الخبر حجة عليهم؛ لأنه وهب منها ذلك وصح عقد الهبة وإن لم يكن هناك قبض، وعندكم أن ذلك غير لازم.

والثاني: هو أنه أخبر بلزوم العقد لأنه قال: «كنت نحلتك» وهذا إخبار عن عقد لازم مستقر، وإنما شابه الرجوع في ذلك لعلة؛ وهو لا يظن ظان أن ذلك ازواء لبعض الورثة عن بعض ألا يُقتدي به في ذلك لأنه إمام المتقين، فحسم

---

(١) روى مالك في موطئه، عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية: ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله. قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى. فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية». أخرجه في الأقضية، ما لا يجوز من النحل، ر: ٢١٨٨، ٢/٢٩٨.

المادة في ذلك لأجل هذه العلة، وكثيرا ما كانوا يتركون أشياء مسنونة خوفا لأن يظن من يأتي بعدهم أنهم فعلوا ذلك لأنه واجب.

وروي أن أبا بكر رضي الله عنه «كان لا يضحي» خوفا أن لا يظن الناس أن ذلك واجب، وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه، وروي عن عبد الله بن عباس.

والثالث: هو أنه إنما رجع ذلك، لأن الأب له أن يرجع فيما وهب من ابنه، فلم يكن فيما قالوه حجة، بل كان الخبر حجة لنا من هذه الوجوه التي ذكرناها.

❊ **قالوا:** ولأنه عقد إرفاق فلم يكن لازما أصله عقد المضاربة.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نقبل أنه عقد إرفاق، بل هو عقد لازم كسائر العقود، وعلى أنه يلزم عليه البيع وسائر العقود فإنها كلها يطلب منها الارتفاق، لأن كل واحد من المتبايعين يرتفق من صاحبه مثل ما ارتفقه الآخر منه، ومع ذلك فإنه لا يعتبر في ذلك القبض، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون مثله.

والمعنى في عقد المضاربة إنما كان عقدا، لأن كل واحد منهما يملك فسخه عن صاحبه قبل التسليم وبعده، وليس كذلك عقد الهبة، لأنه إذا وهب ذلك منه وقصد، فأراد فسخه ورجوع الهبة يملك ذلك بوجه ولا سبب، فعلم أنه عقد لازم ثابت كالبيع وغيره من العقود، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فَصْلٌ

وإذا تصدق الرجل على ولده الصغير أو وهب له شيئا، فحيازته له جائزة، إذا كان قد ميز الصدقة والهبة وأشهد عليها[1].

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٣١٩ ـ المدونة: ٤/٣٨٦ ـ النوادر: ١٢/١٦٣ ـ الرسالة: ١٣٢ ـ التفريع: ٢/٣١٢

وإنما قلنا ذلك، لأنه القابض له، والصغير ليس ممن يصح منه القبض ولا بد له من قبض قابض له.

وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه، يثبت له الهبة والصدقة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث وهو إذا كان ذلك الشيء مما يمكن تمييزه وتعيينه والإشهاد عليه. فأما ما لا يمكن ذلك فيه مثل الذهب والفضة والطعام وسائر المكيلات والموزونات فلا يصح قبض |[٢٠٧ب] الأب لها.

وإنما قلنا ذلك، لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه، لأنه لا يميز الشاهد وقت إقامة الشهادة على ذلك لا يمكن أن يكون ما شهدته به عين الذي يشهد عليه.

فَصْلٌ

وأما إن جعل ذلك في يد أجنبي فإنه يكون قابضا لهم فإنه يجوز ذلك[1].

وقد قال الشيخ[2] أبو بكر الأبهري رحمه الله: إنه يجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها في شيء وختم عليها وأشهد عليها.

وإنما كان كذلك؛ لأنها حينئذ تتميز ويمكن الإشهاد عليها، فيكون ذلك كالعبد والثوب وما تتميز عينه.

مسألة:

عندنا هبة المشاع جائزة ويجوز ذلك من الشريك وغيره[3].

وبه قال الشافعي: رحمه الله[4].

---

(١) انظر: الموطأ: ٣١٩/٢ ـ المدونة: ٤٠٢/٤

(٢) في المعونة: «قال شيخنا أبو بكر..»، ١٦٠٨/٣.

(٣) انظر: المدونة: ٣٩٦/٤ ـ النوادر: ١٣٧/١٢ وما بعدها ـ التفريع: ٣١٢/٢

(٤) انظر: المهذب: ٦٩٣/٣ ـ الحاوي الكبير: ٥٣٤/٧

وقال أبو حنيفة رحمه الله: هبة المشاع لا تجوز إذا أمكن قسمته، وأما ما لا يمكن قسمته مثل العبد والجوهرة، فإن ذلك جائز(١).

ودليلنا قوله تعالى ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾ [الحج: ٧٧]، وهذا يدل على وجوب الوفاء بذلك، لأنه لم يفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم.

وروي أن رسول الله ﷺ «ابتاع سراويلا ثمنا وقال للوازن أرجح له»(٢)، فدل على أن هبة المشاع جائزة.

❊ **قالوا:** تلك كانت زيادة جائزة في الثمن، والزيادة عندنا تلحق بالثمن.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن تلك الزيادة كانت مجهولة فلم يصح ما قالوه.

وروي أن رسول الله ﷺ لما أتى الروحاء في بعض أسفاره، وجدوا حمار وحش معقورا، فقال ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يأتي صاحبه»، فجاء رجل من بهز، فقال: «هو لي وهو لكم»، فقال النبي ﷺ لأبي بكر، «أقسمه بين الناس»(٣).

فوجه الدليل منه، أنه وهب للجماعة ما تتأتى فيه القسمة، لأن ذلك كان في معنى اللحم للجماعة وجعل لكل واحد منهم نصيبا من ذلك مشاعا، وعند

---

(١) انظر: المبسوط: ٦٤/١٢ ـ بدائع الصنائع: ١١٩/٦.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجحان في الوزن والوزن بالآجر، ر: ٣٣٣٦، ص٣٧٥، والترمذي في البيوع، ر: ١٣٠٥، باب ما جاء في الرجحان بالوزن، ر: ١٣٠٥، ٥٨٩/٣، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ مالك في الموطأ، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، ر: ١٠٠٨، ٤٨٢/١.

أبي حنيفة لا يجوز ذلك.

❊ **قالوا:** لا حجة في هذا الخبر، لأن الهبة إنما كانت للنبي ﷺ ثم قسم ذلك بين أصحابه، ومثل ذلك يجوز بين أصحابنا.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن الرجل قال: هو لي وهو لكم، وهذا لفظ الجمع فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** إنما أباحهم إياه؛ فهو كما لو أباحهم أكل طعامه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن النبي ﷺ قال لأبي بكر الصديق رضي الله عنه «أقسمه بين المسلمين» فلم يصح ما قالوه.

والقياس: هو أن كل |[٢٠٨أ] مشاع جاز بيعه جازت هبته أصله المقوم.

ولأن كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم صح في المشاع الذي ينقسم أصله البيع. أو لأنها عين يجوز بيعها فجاز هبتها أصله المنفرد.

وقياس آخر: وهو أن ما جاز إباحته جازت هبته أصله المفرد.

❊ **قالوا:** المعنى في المفرد أنه متميز حقه فلذلك جازت هبته، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يتميز حقه من ذلك، فوجب أن لا تصح هبته.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالبيع، فإنه يجوز بيعه وإن لم يتميز حقه منه فلم يصح ما قالوه من ذلك. ولأن ما لا يقسم أبعد من القسمة والتمييز بالإفراد مما ينقسم، لأن ما لا ينقسم ليس ينقسم في حال الهبة ولا هو في نفسه على صفة تتأتى فيها القيمة، فإذا جازت فيه مما لا ينقسم كان ذلك فيما ينقسم أولى وأحرى بالجواز، ولأنه لو انتهب من رجلين، فإنه يصح ذلك فكذلك في مسألتنا يجوز من واحد.

❊ **قالوا**: إنما جاز من الرجلين لأن ذلك متيميز، وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **والجواب**: هو أنه يبطل بالبيع.

❊ **واحتج** بما روي أنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال لعائشة أم المؤمنين: «إني كنت نحلتك عشرين وسقا من الغابة وودت أنك حزتيه أو قبضتيه، وإنما هو مال وإرث وإنما هو أخواك وأختاك»[1].

❊ **قالوا**: فوجه الدليل منه أنه شرط جواز الهبة والقبض، والمشاع لا يسمى مقبوضا إلا مجازا.

❊ **والجواب**: هو أن هذا الخبر هو الدليل على جواز الهبة المشاع، لأنه أخبر أنه وهبها جداد عشرين وسقا من بستانه المشاع بالغابة الذي يمكن قسمته، وكان ذلك دليلا عليهم.

وأما قوله: «وددت أنك حزتيه»، لا يدل على أن ما عقده من الهبة لم يجز، وإنما أراد بذلك لئلا يظن به ظان أنه إنما أراد إزواء لبعض ورثته لئلا يقتدى به في ذلك، ويقول القائل بعد ذلك: فالصدّيق فعل ذلك فلم أفعل أنا اليوم مثله.

❊ **قالوا**: ولأن الموهوب غير متميز من غير الموهوب فيما يقسم، فوجب أن لا يصح أصله إذا وهب منه إحدى داريه.

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، لأن عندنا إذا وهب منه إحدى داريه صح، ويقال له هذه الدار هي التي وهبتك، وكذلك عندنا إذا قال له بعتك إحدى هذين العبدين له والثوبين، فإنه يأخذ أيهما شاء منهما فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن الموهوب غير متميز من أصله فوجب أن لا يصح أصله إذا

---

(١) تقدم تخريجه.

وهبه صوفا على ظهور الغنم.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم؛ لأن عندنا الهبة على هذا الشرط تلزم وتصح، لأنه يكون واهبا لمنفعته |[٢٠٨ب] كما يقال في المعرى.

وجواب آخر: وهو أنه لو كان ذلك أيضا فيما يقبل القسمة كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والله تعالى أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه بذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه جواز ذلك، وروي أنه لا يجوز وكذلك الهبة مثل ذلك(١).

فوجه جواز ذلك، هو أن العين مرهونة بعضها مما يتعين ويمكن الإشهاد عليها، والمشاع منها في حكم المقسوم، ووجه المنع من ذلك: أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبه المنفرد الذي لا يتعين، والرواية الأولى أصح.

مسألة:

يجوز للأب أن يرجع فيما وهب لابنه في الجملة(٢).

وبه قال الشافعي(٣).

وقال أبو حنيفة: لا يملك الرجوع فيه(٤).

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/١٧٢، ١٧٣ ـ التفريع: ٢/٣١٢ ـ الكافي: ٥٣٤.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٩٩ ـ المدونة: ٤/٤١٠، ٤١١ ـ النوادر: ١٢/١٩٠، ١٩١ ـ التفريع: ٢/٣١٣.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٦٩٦ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥٤٥.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٣٩ ـ المبسوط: ١٢/٥٤، ٥٥ ـ بدائع الصنائع: ٦/١٣٢.

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من وهب هبة وأعطى عطية فلا رجوع له إلا ما كان من الوالد مع ولده فإن له الرجوع في ذلك»[1].

❊ **قالوا:** فنحن نقول بموجبه، وأن له الرجوع عليه إذا حكم الحاكم للأب على ولده بالنفقة فله الرجوع فيما وهب منه.

⚜ **والجواب:** هو أن النبي ﷺ لم يفصل، فهو على عمومه فسواء وجبت له النفقة عليه أو لم تجب.

وروي أن بشيرا نحل ولده النعمان عبدا، فجاء بشير ليشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال له: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال لا، فقال النبي ﷺ فأرجعه»[2].

فدل على أن له الرجوع في ذلك.

❊ **قالوا:** إنما قال له ذلك؛ لأن النعمان كان صغيرا فلا يصح منه قبض الهبة.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن قبض الأب قبض له.

❊ **قالوا:** فيحتمل إنما كان ما أقبضه إياها والهبة لا تلزم عندنا إلا بالقبض.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح، الهبة إنما تلزم بالقول.

والثاني: هو أنه لو كان الحكم في ذلك يختلف لاستعلم عليه السلام، وقال له:

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة، ر: ٣٥٣٩، ص: ٣٩٣، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، ر: ١٢٩٩، ٣/٥٨٤، وابن ماجه في الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، ر: ٢٣٧٧، ٢/٧٩٥، وانظر: البدر المنير: ٧/١٣٤.

(٢) أخرجه البخاري في الهبة، باب الهبة للولد، ر: ٢٥٨٦، ٢/٢٣٣، ومسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ر: ١٦٢٣، ص٦٦٢.

هل أقبضته إياها أم لا ، ولما بادر إلى الخصم بذلك من غير استعلام وأمره بالرجوع ، دل على أن الحكم في ذلك لا يختلف ، ولأنه جاء إلى النبي ﷺ يشهده على ذلك ، والإشهاد إنما بكون عل أمر ثابت مستقر .

والقياس: هو أنها هبة من الوالد لولده فملك الرجوع فيما لم يتعلق بها حق الغير . أصله إذا وهب منه نصف دار وهذا مركب ، لأن عندنا يجوز له |[٢٠٩أ] الرجوع لأنه ابنه وعندهم لأنه مشاع .

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه لا تصح لابنه لأنه مشاع .

⚜ **والجواب:** هو أن ذلك يصح عندنا على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله .

وقياس آخر: وهو أنه وهب كسبه من كسبه فجاز له الرجوع فيه ما لم يتعلق به حق الغير . أصله إذا وهب لعبده شيئا ، فإن له الرجوع فيه فكذلك في مسألتنا مثله . والدليل على أن الولد كسبه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن أطيب ما يكسب الرجل من كسبه ، وإن من كسبه ولده»[1] .

❊ **قالوا:** فإن المعنى في العبد إنما جاز للسيد الرجوع فيما وهب منه ، لأنه ماله وكسبه وليس كذلك الولد لأنه ليس بمال له .

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا وهب لأخيه وهو عبد أجنبي ، فإن عندكم لا يملك الرجوع فيه ، ولأنه لا فرق بين الابن والعبد ، لأن هذا من كسبه ، بل الولد له من الاختصاص بأبيه في سائر الأحكام ما ليس بين العبد وسيده فلم يصح ما قالوه من ذلك .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب الحث على المكاسب، ر: ١٢٣٧، ٢/٧٢٣، والنسائي، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، ر: ٦٠٠٠، ٦/٦. وقال ابن الملقن في البدر: حديث صحيح، ٨/٣٠٩.

وقد قيل: إن كل ملك إن ملك ابنه بالعقد جاز له مراجعته أصله البيع.

ولأن عندكم لو وهب من أجنبي شيئا ملك الرجوع فيه فالأب أولى بذلك بماله من الاختصاص. وقياس آخر: وهو أنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب في الشرع إضافة الملك، فجاز له الرجوع في ذلك مما لو يتعلق له حق الغير أصله السيد مع عبده.

والدليل على صحة هذه العلة: ما روي أن غلاما جاء إلى رسول الله ﷺ فقال له يا رسول الله: «إن أبي يريد أن يأخذ من مالي، فقال له ﷺ «أنت ومالك لأبيك»[1]، فأضافه إليه مع ماله فدل على ما ذكرناه من ذلك.

ولأن للأب من الاختصاص به ما ليس للأجنبي، ألا ترى أنه لا يقاد به على وجه عندنا، وعندكم لا يقاد به أصلا ويجب عليه النفقة ويلي ماله بغير تولية، ولا يجوز صرف زكاة ماله إليه، ولا تقبل شهادته له، وإذا ملك عتق عليه ويتبعه في الإسلام، فلما كانت للأب هذه الأحكام ثابتة مع الابن جاز أيضا أن يجوز له الرجوع فيما وهب منه، وعندكم لا يجوز له أن يرجع، وإن كان ذلك به الرجوع فيما وهب من الأجنبي وكان ذلك من للأب أحق وأولى.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»[2].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يدل على التحريم وإنما يدل على الاستقباح.

والثاني: أنه عام فنخصه بقوله عليه السلام «إلا ما كان |[٢٠٩ب] من الوالد مع ولده

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ر: ٦٩٦١، ٧/٢٣٠، وابن أبي شيبة في المصنف، ر: ٣٧٣٧٠، ١٤/١٩٧. وانظر كلام الحافظ على هذا الحديث في الدراية: ٢/١٠٢.

(٢) تقدم تخريجه

فإن له الرجوع فيما وهب له»[1].

❊ **قالوا:** ولأنها هبة من ذي محرم لم يكن له الرجوع فيها أصله هبة الأخ لأخيه.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بما إذا وهب لأخيه وهو عبد لأجنبي، فإن له الرجوع فيه عندكم.

❊ **قالوا:** فلم لا يرجع على أخيه وإنما يرجع على سيده.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن الرجوع إنما هو على أخيه لأنه الذي قبل منه، والمعنى في الأصل إنما لم يملك الرجوع فيما وهب من أخيه.

ولأن الأخ لا يختص من أخيه بما يختص به الأب، ألا ترى أن الأخ يقتل بأخيه والأب يخالف ذلك، ولأن الأب له من الانبساط في ملك ولده ما ليس للأخ فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن كل شخصين لو وهب أحدهما من الآخر شيئا لم يكن له الرجوع عليه، فإذا وهب أحدهما الآخر لم يكن له الرجوع عليه. أصله الولد إذا وهب لأبيه شيئا، ولأنه لا يملك الرجوع عليه فكذلك الولد مثله.

⚜ **والجواب:** هو أنه لا يمتنع أن يملك أحدهما على الأشياء ولا يملك الآخر عليه، ألا ترى أن أحدهما يقتص له منه، وهو الولد من الولد وإن كان الولد لا يقتص له من الوالد فلم يصح ما قالوه. ولأنا قد بينا أن للأب من الاختصاص والانبساط في مال ولده ما ليس للابن فافترقا لأجل ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن هبة الوالد لولده بمنزلة الصدقة عليه فلا يملك الرجوع

---

(١) تقدم تخريجه.

عليه في ذلك.

❁ **والجواب**: هو أنه لولا كان ذلك على وجه الصدقة، فإنه لا يملك الرجوع عندنا في ذلك، وإنما له أن يرجع فيما لم يقصد به الثواب من الله ﷻ، فلم يصح ما قالوه من ذلك، والله أعلم.

فَصْلٌ

وللأم أن تعتصر[(١)] الهبة من ولدها[(٢)].

وإنما قلنا ذلك، لمشاركتها للأب في قرب الولادة ومباشرتها لذلك.

فَصْلٌ

فإذا كان الولد يتيما فلا عصرة للأم فيما وهبته لهم[(٣)].

وإنما قلنا ذلك، لأن الهبة للأيتام له أن يراد بها وجه الله ﷻ، وهي كالصدقة، ولا يجوز الرجوع في الصدقة فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ مسألة:

عندنا إذا وهب الوالد من ولده شيئا فداين الابن أو تزوجت البنت الموهوب له، فليس للأب الاعتصار بعد التصرف في ذلك[(٤)].

وقال الشافعي رحمه الله: له الاعتصار والأخذ على كل وجه[(٥)].

---

(١) الاعتصار هو: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى. حدود ابن عرفة، ٥٥٩/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤١٢/٤ ـ النوادر: ١٩١/١٢ ـ التفريع: ٣١٣/٢.

(٣) انظر: النوادر: ١٩٠/١٢ ـ ١٩١ ـ الرسالة: ١٣٢.

(٤) انظر: الموطأ: ٢٩٩/٢ ـ المدونة: ٤١٠/٤، ٤١١ ـ النوادر: ١٨٩/١٢ ـ الرسالة: ١٣٢ ـ التفريع: ٣١٣/٢.

(٥) انظر: المهذب: ٦٩٦/٣ ـ الحاوي الكبير: ٥٤٤/٧ وما بعدها.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد فوجب الوفاء به.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: |[٢١٠أ] «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»(١).

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»(٢).

والقياس: هو أنه نوع تصرف وجد من الأب في الموهوب له فلا يملك الرجوع فيه. أصله إذا وهب منه عبدا فأعتقه أو باعه الأب فإن الأب لا يملك الرجوع فيه، فكذلك إذا استدان عليه فأخذ مالا فإنه يتصرف، ولا يجوز للأب الرجوع في ذلك. فلو قلنا إن للأب الرجوع فيما وهب من ابنه بعد التداين، لأن الذين داينوه إنما أعطوه على ما في يده، ولولا ذلك ما داينوه فكان في ذلك إبطال حقوقهم والغرور بهم، فوجب أن يكون ممنوعا من ذلك في الموضع، لأجل تعلق حق الغير بهذا المال.

ولأنه إذا وهب من ابنته شيئا فتزوجت فقد حصل للزوج عرضا في تبقية مالها بيدها، فوجب أن لا يجوز للأب أخذ ذلك منها، لأن النبي ﷺ قال: «تزوج المرأة لثلاث لدينها وجمالها ومالها»(٣).

ولو قلنا إن له الرجوع في ذلك، لكان في ذلك إسقاط حق الزوج، فوجب أن لا يصح ما قالوه في هذه المواضع التي ذكرناها.

❊ **واحتج** بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أعطى عطية أو وهب هبة فلا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر: ٥٠٩٠، ٣/٣٦٠، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر: ١٤٦٦، ص ٥٨٣.

رجوع له فيها إلا ما كان له من الولد مع والده فإن له الرجوع»[1].

⚜ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه إذا لم يتعلق حق الغير بما وهب له بدليل ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: ولأنها عطية من الوالد لولده من غير عوض، فجاز له الرجوع فيها، أصله إذا لم يستحدث دينا ولا وجب الثلث.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا كان عبدا فأعتقه الابن أو باعه، وعلى أن المعنى في ذلك أنه ما يتعلق بذلك حق الغرماء، ولا في ذلك إسقاط حق الغير، فلذلك جاز له الرجوع في ذلك، فوجب أن لا تبطل حقوق غيره لمصلحة نفسه فافترقا، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا أن الجد لا يملك الرجوع فيما وهب لابن ابنه وكذلك الجدة[2].

وقال الشافعي: له ذلك فهو كالأب في باب الرجوع[3].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لأحد أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع فيها إلا الأب فيما يعطيه لابنه فإن له الرجوع في ذلك»[4]، والجد لا يسمى أبا، ألا ترى لو قال لجده: هذا أبي لكان ذلك مجازا لا حقيقة، وكذلك الجد لو قال لولد ولده: |[٢١٠ ب] هذا ابني، لكان ذلك مجازا لا حقيقة، فوجب حمل كلام الرسول ﷺ على حقيقته دون مجازه.

---

(١) تقدم تخريجه

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤١١، ٤١٢ ـ النوادر: ١٢/١٩٢ ـ التفريع: ٢/٣١٣ ـ الكافي: ٥٣١.

(٣) انظر: الحاوي الكبير: ٧/٥٤٧ ـ الوسيط: ٤/٢٧٣ ـ روضة الطالبين: ٤/٤٤٠.

(٤) تقدم تخريجه.

ولأن الجد ليس بأب ولا يملك الرجوع في الهبة أصله الأخ. ولأنه عطية بمخية الأب فلا يملك الرجوع في الهبة أصله الأخ. وكذلك الجد، وهذا أشبه بالأخ منه بالجد.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب»[1] وإن كان ﷺ محمد بن عبد الله بن عبد المطلب.

⚜ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إنما قال ذلك على وجه الانتساب، لا على وجه الحقيقة فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن الجد بمنزلة الأب في جميع الأحكام، ألا ترى أنه يملك الإجبار في النكاح كما يملك ذلك الأب على المال بنفسه، ويعتق عليه إذا ملكه.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ولا يجري مجرى الأب، أما الإجبار في النكاح فإنه لا يملكه بوجه ولا سبب، ولا يملك ذلك عندنا إلا الأب وحده، وأما الوكالة فقد يليها الغير وهو الأجنبي مثل الحاكم وغيره، وأما العتق فلا نسلم، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

مسألة:

عندنا إذا وهب من أجنبي شيئا فلا يملك الرجوع فيه[2].

وبه قال الشافعي رحمه الله[3].

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد، باب من قاد دابة غيره في الحرب، ر: ٢٨٦٤، ٢/٣٢٢، ٣٢٣، ومسلم في الجهاد، ر: ١٧٧٦، ص ٧٣٨.

(٢) المدونة: ٤/٤١١، ٤١٢ ـ النوادر: ١٢/١٩٢ ـ التفريع: ٢/٣١٣ ـ الكافي: ٥٣١.

(٣) المهذب: ٣/٦٩٦ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥٤٧.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له الرجوع فيه مالم يثب عليه[1].

ودليلنا ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من وهب هبة وأعطى عطية فلا رجوع له إلا ما كان من الأب مع ابنه»[2].

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»[3].

❊ **قالوا**: فتشبيهه إياه بالقيء لا يدل على تحريمه، وهذا لا يمنع من الرجوع.

⚜ **والجواب**: هو أنه قد روى عبد الله بن عباس أنه قال: «وإن القيء حرام»[4].

والقياس: هو أنه وهب لمن يقاد به فلا يملك الرجوع عليه. أصله إذا وهب الوالد لولده شيئا أو لذي رحم محرم.

والقياس: موضوع على الرواية التي تقول إن الأب لا يقتل بابنه.

❊ **فإن قالوا**: المعنى في الأصل أنه إنما لم يملك الابن الرجوع على الأب فيما وهب لابنه؛ لأن المقصود بذلك قد حصل وليس كذلك في مسألتنا، وهو الهبة من الأجنبي كان المقصود بالهبة ما حصل فكان له الرجوع عليه في ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنه عليه السلام إذا وهب من ابن عمه.

والثاني هو أنا لا نسلم، أن ليس ههنا بيع ولا مقصود لأنه يحصل بذلك

---

(١) مختصر الطحاوي: ١٣٨ ـ المبسوط: ٥٣/١٢ ـ بدائع الصنائع: ١٢٨/٦.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) قال البيهقي في الكبرى: قال قتادة: «لا أعلم القيء إلا حراما». ١٨٠/٦.

الآن الصلة والصدقة والألفة والصدقة والمحبة، ولذلك قال ﷺ: |[٢١١أ] «تهادوا تحابوا»[١]، فإن كان كذلك فقد وجد أيضا المقصود بالهبة فوجب المنع من الرجوع عليه لأجل ذلك، وقد قيل أنه وهب هبة لمن لا يسأل بينه وبينه بعضية فلا يملك الرجوع عليه أصله إذا وهب من زوجته.

❊ **فإن قالوا**: المعنى في الزوجة إنما لم تملك الرجوع عليها، لأن المقصود من الهبة قد وجد وهي أنها تخدمه وتكرمه لأجل ذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه ما وجد المقصود فثبت له الرجوع.

❊ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا وهب من ابن عمه، والثاني أنا قد بينا أن في ذلك نفعا حاصلا وهو المحبة والتودد وذلك معلق بالطبع، لأن الإنسان إذا أهدى لغيره شيئا أنه يحبه ويؤثره على نفسه ويصير عبدا له فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقد قيل: هو أن كل هبة لم يملك الرجوع فيها إذا حكم بذلك حاكم لم يملك الرجوع فيها وإن لم يحكم بها حاكم. أصله ما ذكرناه منه إذا وهب من زوجته شيئا.

ومن أصحابنا من قال: لأنه وهب هبة لمن لا يلي على ماله إلا بتولية ويجد في وطئه أمته فلا يملك الرجوع فيها، أصله الابن إذا وهب من ابنه شيئا.

❊ **واحتج** بما روي أن النبي ﷺ قال: «من أعطى عطية أو وهب هبة فله الرجوع بها ما لم يثب عليها»[٢].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي مرفوعا، في كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع عن الهبة، ر: ١٢٩٩، ٥٨٣/٣، والحاكم في المستدرك: ٥٢/٢. قال الحافظ بن حجر: في اسناده ضعف. انظر: الدراية: ١٨٤/٢.

⚜ **والجواب**: هو أنا نحمله على ما إذا شرط الثواب، فإن له الرجوع في ذلك ما لم يثبت على ذلك، فنحمل هذا الخبر على ما إذا شرط الثواب، وخبرنا على أنه لا يملك الرجوع إذا لم يشترط، فالجمع بين الدليلين أولى من إسقاط أحدهما وترك الآخر، فكان ما قلناه أولى من ذلك.

❊ **قالوا**: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «من وهب هبة أو أعطى عطية لغير ذي رحم محرم فله الرجوع»(١). وهذا قاله بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنه قول واحد، والسُنّة مقدمة عليه، ويحتمل أنه أراد بذلك اشتراط الثواب فنحمله على ذلك بدليل ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: ولأنه تبرع في حق الأجنبي لم يقابله عوض، فكان له الرجوع فيه أصله إذا أعاره شيئا.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا تأثير لما قالوه، لأنه لو كان ذلك مع ابن عم لملك الرجوع عليه في ذلك، والمعنى في العارية هو أنه هو وابن عمه في ذلك سواء، أعني الأجنبي.

والمعنى في العارية أنها هبة منافع | [٢١١ ب] وليس كذلك في مسألتنا، لأنها هبة عين قد ملكها بعقد فلم يمكن له الرجوع عليه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه إذا وهبه من أجنبي كما ليحصل له الثواب، فإذا لم يحصل له شيء كان له الرجوع في عين ماله كما لو شرط عليه الثواب.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه إذا وهب من بن عمه شيئا.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برواية محمد بن الحسن الشيباني، باب الهبة والصدقة، ر: ٨٠٥، ص٢٥٩، وانظر: البدر المنير: ١٤٥/٧.

والثاني: هو أنا قد بينا أن أنه قد حصل له التودد والمحبة والألفة والصداقة التي يقصدها الناس بالهدايا، وكذلك يتهادون في العرف والعادة، وإما وجود الثواب بالشرط، وإنما وجب له ذلك لأنه لم يرض بإخراج ماله عن يده إلا بعوض فهو كما لو باعه ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنه قصد بهبته التودد والمحبة فلم يحصل له الرجوع، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

والهبة على ضربين: ضرب منها يقصد به الثواب، والضرب الآخر لا يقصد به الثواب، بل يكون ذلك على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم.

فأما الضرب الذي يقصد به المكافأة والعوض: فحكم ذلك حكم المعاوضات يراعى فيه ما يراعى في البيع لا يفارقه إلا في وجه واحد وهو السكوت عن البدل فيه وعن مقداره، فأما ما عدا ذلك من أحكامه، فإنه يجري مجرى سائر المعاوضات[1].

وإنما قلنا إنها جائزة غلى هذا الوجه: لأنها تفعل على وجه التودد وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود منها المكافأة، ففعلها على هذا الوجه له تأثير في التودد والتحابب، فكانت في معنى نكاح التفويض في المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره.

وقد روي أن النبي ﷺ «أثاب على اللقحة»[2]، وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر عليه السلام، بل أنكر سخطه الثواب، وكان ذلك زائدا على القيمة[3]، فدل

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٨٩ ـ المدونة: ٤/٤١٢ ـ التفريع: ٢/٣١٤

(٢) اللّقحة: بالفتح والكسر، هي الناقة الحلوب الغزيرة اللبن. لسان العرب: ٥/٤٠٥٨.

(٣) يشير إلى الحديث الذي رواه الترمذي وأحمد والحاكم عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة، «أن أعرابيا أهدى لرسول الله ﷺ بكرة فعوضه منها ست بكرات فتسخطها، فبلغ ذلك النبي ﷺ=

على صحة ما قلناه من هذا الضرب.

وأما الضرب الآخر: وهو الذي لا يقصد به الثواب فإنه لا يستحق بذلك ثوابا ولا مكافأة، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الواهب لم يرد بذلك، وإنما أراد التمليك بغير عوض فلا يستحق بذلك شيئا.

فَصْلٌ

وأما إذا اختلفا فقال الواهب وهبتك الثواب والموهوب له يقول وهبتني بغير ثواب، فإن الرجوع في ذلك لأحد أمرين:

إما إن كان إلى شرط إن كان بينهما، فإن اعترف به الموهوب له لزمه ذلك، وإن أنكره فالقول قول الواهب [٢١٢أ] إذا أشكل وتحاكما فيه إن كان يشبه ما قال، وإن كان لا يشبه ما قال، فالقول قول المدعي الأشبه منهما.

وهو القسم الآخر الذي يرجع فيه إلى العرف فينظر في ذلك:

فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يرد الثواب وإن مثله إنما يهب كمثل ذلك الموهوب له لعوض يناله منه أو مكافأة، فالقول قوله، وذلك مثل الفقير يهب للسلطان أو للغني وما أشبه ذلك، فالعادة في هذا إنما يريد منه المكافأة على ذلك(١).

وقال أبو حنيفة: لا يفتقر للثواب إلا بالشرط، فأما بالعرف الذي ذكرتموه

= فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «إن فلانا أهدى إلي ناقة فعوضته منها ست بكرات فظل ساخطا، لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي». أخرجه الترمذي في المناقب، باب مناقب في بني ثقيف وبني حنيفة، ر: ٣٩٤٥، ٥/٧٣٠، وأحمد في المسند، ر: ٧٩١٨، ١٣/٢٩٦، والحاكم في المستدرك، ٢/٦٣، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٤، ٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٤١ ـ التفريع: ٢/٣١٤ ـ ٣١٥.

فلا يستحق بذلك شيئا[1].

ودليلنا ما رويٰ أن «رجلا وهب من رسول الله ﷺ جملا فأثابه، فلم يرض بذلك فزاده عليه السلام، فلم يرض بذلك، ثم زاده عليه السلام»، ثم قال عليه السلام: «لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي»[2] فهذا يدل على جواز الثواب فهذه هبة عليه من الأدنى إلى الأعلى.

❊ **قالوا:** إنما فعل ذلك ﷺ على وجه القربة فيه عليه السلام، كان يهب ويعطي من غير هبة لأنه كان أجود الناس إنفاقا.

⚜ **والجواب:** هو أن الظاهر من الخبر ما ذكرناه، وأنه ﷺ أثابه على ذلك وما أنكر عليه المطالبة، وإنما أنكر عليه السلام سخطه لما دفعت إليه، وإن كان ذلك أكثر مما وهب، فوجب حمل فعله عليه السلام على وجه يتعلق به حكم الشريعة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن العادة جارية بين الناس أن الرجل إذا وهب لمن هو أعلى منه إنما يريد بذلك الثواب، فإذا كانت تلك عادة وعرفا وجب الرجوع في ذلك إلى العرف الجاري بين الناس، ألا ترى أن المتبايعين إذا اختلفا في النقد رجع ي ذلك إلى العرف فكذلك في مسألتنا مثله وجب أن يكون.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه يملك بلفظ الهبة، فوجب أن لا يقتضي الثواب من غير شرط أصله إذا وهب لمن هو دونه.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في ذلك، هو أنه إذا وهب الأعلى للأدنى فإنما يريد بذلك الثواب من الله سبحانه في الآخرة، والحمد في الدنيا وليس

(١) انظر: المبسوط: ٧٥/١٢ ـ بدائع الصنائع: ١٣٠/٦.

(٢) تقدم تخريجه.

كذلك في مسألتنا، لأن الأدنى إذا وهب من الأعلى فإنه يعلم أنه إنما يريد بذلك الثواب والعرف يشهد له فافترقا لأجل ذلك.

❊ **قالوا:** ولأن ما لا يقتضي الثواب من النظرين لا يقتضي الثواب من الأدنى والأعلى أصله إذا لم يشترط.

❊ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أن النظر أو الأمثال في ذلك وغيرهم سواء، وإنما ينظر في ذلك على حسب ما نعلمه من دلائل الحال ومن قدر الهدية هل يقصد بمثلها الثواب أو هي مما يقبح في العرف طلب الثواب عليها فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فَصْلٌ

|[٢١٢ ب] وأما هبة الغني للفقير والسلطان لأتباعه والرجل يهدي إلى العطار والصالح، فالعرف في مثل هذا أنه يقصد بذلك المودة وليس الثواب في الدنيا بحال[1].

فَصْلٌ

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في هدية أحد الزوجين من الآخر:

فروي عنه أنه إن ذلك يقتضي الثواب، وروي أنه لا يقتضي الثواب[2].

فوجه الرواية أن ذلك يقتضي الثواب: فهو أن المعاوضة مطلوبة بينهما لتمييز الملكين بينهما، ووجه نفي ذلك أن العرف جار بأن كل واحد منهما يتقرب للآخر بالهدية والهبة ويحب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده، وهذه الرواية أصح.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٤ ـ النوادر: ١٢/٢٤٤.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤١٣ ـ النوادر: ١٢/٢٤٤.

فَصْلٌ

إذا ثبت ما ذكرناه: فمن وهب له شيء للثواب فهو بالخيار: إن شاء أثاب منها قيمتها، فما زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليها لزم واهبها قبول ذلك، ولا مقال له إن قال لا أرضى بقيمتها[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الموهوب محبوس للإثابة والرد، لأن ذلك معاوضة، ولا يلزم ذلك إلا باختياره ورضاه، وإنما قلنا إذا قبلها يلزمه الثواب؛ فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظا وإما عرفا فلزمه ما دخل عليه كالبيع.

فَصْلٌ

والثواب في ذلك على ما يتراضيان عليه[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه عبد يشترط فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح فيه بترك تسمية العوض فوقف على تراضيهما، أصله نكاح التفويض.

فَصْلٌ

فأما إذا لم يتراضيا فالموهوب له مخير إن شاء أثاب القيمة وإن شاء ردها كسائر المعاوضات، وصار ذلك مثل نكاح التفويض في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض بين بذل صداق المثل الذي هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك في الهبة[3].

فَصْلٌ

ولا يلزم بغير رضاه ما زاد على القيمة، كما لا يلزم ذلك في التفويض،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٣٩، ٢٤١ ـ التفريع: ٢/٣١٤.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٣٩ ـ التفريع: ٢/٣١٤.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٢٩٨ ـ المدونة: ٤/٤١٥، ٤١٦ النوادر: ١٢/٢٣٩.

إن شاء رده وإن شاء أخذ[1].

فَصْلٌ

فأما إن فات عند الموهوب له لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل أو الموت أو العتق أو نقص في البدن[2].

وإنما قلنا إنه يلزمه قيمتها، ؛ لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك أيضا مع فواتها وتأثير الفوت منع ردها فحسب، وإنما كان العتق فوتا لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه فالحمل ينقص قيمتها والموت عدمها.

فَصْلٌ

وقد اختلفت الرواية عنه |[٢١٣أ] في زيادة الجسم أو الصوف:

فروي عن مالك رحمه الله أنه فوت، وروي عنه أن ذلك ليس بفوت[3].

فوجه الرواية أنه فوت: هو أنه قد يتغير فيها الحكم فأشبهت النقصان، ووجه الرواية أنه ليس بفوت: هو هو أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما، وهذا هو الأصح.

فَصْلٌ

ولا يراعى عرف في مكافأة تلك الهبة[4]. وإنما قلنا ذلك، لأنه لا مدخل للعرف في المكافأة، لأنه ليس فيها حد يرجع إليه، لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف وما بينهما، وقد يخلوا الموهوب في نفسه ويزيد في المكافأة، فذلك يختلف بحسب حلاوة الموهوب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٣٩.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٣٩.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ التفريع: ٢/٣١٥.

في نفسه ومحبته بنفع مهديه إليه فبطل اعتبار من يعتبر في ذلك العرف.

فَصْلٌ

ولا يكفي في ذلك أقل ما يقع عليه الاسم[1]، خلافا لمن أجاز ذلك[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن العرف أن المهدي دخل على زيادة على القيمة أو على مقداره أو [يرتجي][3] المواصلة والمكافأة، وأما إن أثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة دراهم فإنه خلاف العرف الذي عليه دخل، فلا يلزمه ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

فَصْلٌ

ولا تفتقر الهبة إلى حيازة[4].

وإنما قلنا ذلك، لأنها معاوضة فأشبهت البيع، ولأن التهمة لا مدخل لها فيها لدخولها في هبة غير الثواب.

فَصْلٌ

وأما الهبة التي لا يقصد بها الثواب ولا المكافأة فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى وصلة الرحم، وذلك كهبة الغني للفقير واليتيم، فهذا الضرب صدقة وحكمه حكم الصدقة، فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا ميراث ولا غيره[5].

وإنما قلنا ذلك: لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة لله تعالى وابتغاء

---

(١) انظر: انظر: المدونة: ٤/٤١٥ ـ النوادر: ١٢/٢٤١.

(٢) يقصد الإمام الشافعي رضي الله عنه: انظر: المهذب: ٣/٦٩٧، ٦٩٨.

(٣) في الأصل: «يرتجع»، والمثبت من المعونة: ٣/١٦١٣.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٤١٦.

(٥) انظر: المدونة: ٤/٤١٤ ـ التفريع: ٢/٣١٣.

وجهه، وعلى هذا يحمل قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه؛ لما سأله عن الفرس الذي حمّل عليه في سبيل الله تعالى ثم رآه يباع، فقال له النبي ﷺ: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»(1).

وروي عنه أنه قال له: «ما الصدقة ليومها»(2)، يريد بذلك ليوم القيامة، ومن هذا هبة الغني للفقير والهبة لصلة الرحم، ومن كان سبيله مثل ذلك، فإذا ثبت منع الرجوع في الصدقة فكذلك الانتفاع بها، لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم اليسير أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل أو ما /[٢١٣ ب] أشبه ذلك مما يقل خطره، فذلك أمر قريب معفو عنه.

وأما الضرب الآخر: وهو الهبة للمودة والمحبة، فليس لأحد في ذلك رجعة إلا الوالدين فيما وهباه لولديهما فلهما اعتصار ذلك.

فَصْلٌ

ويكره أن يبتاع الرجل صدقته أو يرتجعها بعوض أو هبة(3).

وإنما قلنا ذلك، لأنه ضرب من العود فيها لأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيي منه ويسامحه في ثمنها ويحط عنه ما لا يحطه عن غيره فيكون رجوعا في ذلك القدر.

ومثل ذلك روي في حديث عمر رضي الله عنه لما وجد فرسه الذي حمل عليه في سبيل الله يباع فأراد أن يشتريه، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك، وقال: «لا تبعه وإن باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك»(4).

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، ر: ٢٦٢٣، ٢/٢٤٢.

(٢) لم أجده فيما عندي من مصادر.

(٣) انظر: النوادر: ١٢/١٩٥ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٣١٤ ـ الكافي: ٥٣٣.

(٤) تقدم تخريجه.

فَصْلٌ

فإن مات المتصدق عليه وورث ذلك المتصدق منه فلا بأس بذلك[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك ليس برجوع في الصدقة ولا يتهم بأنه احتال في ذلك، لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعة.

وقد روي: أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة، فلما سألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «أجرت في صدقتك وردت وليدتك عليك الميراث»[2]. فإذا ثبت أنه لا يجوز له الرجوع في الصدقة والانتفاع بها ممنوع أيضا على ما قدمناه.

فَصْلٌ

ويستحب للإنسان التساوي بين ولده في الهبة ولا يخص بعضهم بشيء يفرده عن الآخر أو يكون الآخر مثله[3].

وإنما استحببنا له ذلك: لما روي أن النبي ﷺ قال لبشير لما نحل ولده النعمان عبدا، فجاء إلى رسول الله ﷺ ليشهده على ذلك، فقال عليه السلام: «أكل ولدك نحلته مثل ذلك، قال لا. قال فارجعه»[4].

وفي الحديث أنه قال له: «أتحب أن يكونوا لك في البر سواء»[5]، ولأن ذلك يؤدي إلى العقوق وترك البر، ويورث الحسد والضغن، فوجب أن يكون

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٩٨ ـ المدونة: ٤/٤١١ ـ النوادر: ١٢/١٩٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت، ر: ٢٢١٣، ٢/٣٠٧.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٢٩٦ ـ النوادر: ١٢/٢١٠ ـ الرسالة: ١٣٤ ـ التفريع: ٢/٤١٥.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) جزء من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما، أخرجه مسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ر: ١٦٢٣، ص ٦٦٢.

ذلك مكروها وهذا إذا وهب كل ماله.

فَصْلٌ

فأما إذا وهب البعض منه أو الشيء بعينه فإن ذلك جائز[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه «وهب لعائشة رضي الله عنها شيئا من ماله»[2].

ولأن في الهبة البعض لا تولد العداوة ولا البغضاء، لأنه قد بقي ما يصير للولد الباقين إذا كان الموهوب يسيرا لا يكون حال المال ولا قطعه مؤثرا فيه.

مسألة:

وأما إن وهب جميع |[٢١٤أ] ماله من واحد من ولد فإن ذلك ينفذ ويلزم، ويكره له ذلك[3].

وقال أحمد بن حنبل لا ينفذ ولا يلزم[4].

ودليلنا ما رويناه من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه «أنه نحل ابنته عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقا من الغلة»[5] فدل على جواز ذلك.

ولأنه تصرف في ماله حالة يملك التصرف فيه فوجب نفوذ ذلك، أصله إذا وهب ذلك من أجنبي أو تصدق بجميع ماله على الفقراء والمساكين، ولأنه عقد ألزمه نفسه بكونه مالكا متصرفا، فوجب أن يلزم بقوله أصله البيع والصدقة وجميع الالتزامات.

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/٢٠٩، ٢١٠ ـ التفريع: ٢/٣١٥ ـ الكافي: ٥٣٠.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر: النوادر: ١٢/٢١٠ ـ التفريع: ٢/٣١٥.
(٤) انظر: مختصر الخرقي: ١١٥ ـ المغني: ٨/٢٥٦.
(٥) تقدم تخريجه.

❊ **واحتج** بحديث النعمان بن بشير وهو قوله ﷺ «أكل ولدك نحلته مثل ذلك ، فقال لا ، قال فارجعه»[1].

❁ **والجواب**: هو أنا نقول بذلك ؛ وإنما يستحب له أن لا يفعل ، فإذا فعل وألزم ذلك فإنه ينفذ ذلك على كراهية منا لذلك فلم يصح ما قالوه.

فَصْلٌ

ويجوز للرجل أن يتصدق بجميع ماله كله في حال صحته وأن يهب جميع ذلك[2].

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ فعلوا ذلك وانخلعوا من جميع أموالهم ، مثل أبي بكر الصديق رضي الله عنه انخلع من جميع ماله[3] (...)[4]، وكذلك روي عن أبي الدحداح وجماعة منهم[5].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: النوادر: ١٢/٢٠٩ ، التفريع: ٢/٣١٥ ـ الكافي: ٥٣٠.

(٣) من ذلك قوله ﷺ في شأن سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه: «إن أمن الناس علي في صحبته وماله أبو بكر..» أخرجه البخاري في فضائل الصحابة ، باب قول النبي ﷺ: سدوا الأبواب... ر: ٣٦٥٤ ، ٣/٧.

(٤) كلمة لم أتبينها.

(٥) من ذلك ما رواه أحمد والحاكم وابن حبان عن ثابت البناني عن أنس بن مالك «أن رجلا قال يا رسول الله: إن لفلان نخلة وأنا أقيم حائطي بها فمره أن يعطيني أقيم حائطي بها ، فقال له النبي ﷺ أعطها إياه بنخلة في الجنة فأبى ، وأتاه أبو الدحداح فقال بعني نخلك بحائطي قال ففعل ، قال فأتى النبي ﷺ فقال ، يا رسول الله: إني قد ابتعت النخلة بحائطي ، فجعلها له ، فقال النبي ﷺ: «كم من عِذْق رَدَاح لأبي الدحداح في الجنة»... مرارا. فأتى امرأته فقال: يا أم الدحداح اخرجي من الحائط ؛ فإني بعته بنخلة في الجنة. فقالت: قد ربحت البيع». وقال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط مسلم. أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/٢٠ ، وأحمد في المسند ، ر: ١٢٤٨٢ ، ١٩/٤٦٥ ، وابن حبان في صحيحه ، ر: ٧١٩٥ ، ١٦/١١٣.

فَصْلٌ

وهذا إذا كان المتصدق له ما يرجع إليه من صنعة أو حرفة يخلف منها ما لا يؤديه على نفسه، وأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته ويقوت عياله إن كان ذا عيال، فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله ذلك(١).

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ: «منع سعدا أن يوصي بماله كله إبقاء على ورثته»(٢) فإبقاء الإنسان على ورثته أولى، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا﴾ [القصص: ٧٧].

فَصْلٌ

ومن أخدم رجلا عبدا مدة حياته جاز ذلك(٣).

وقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في نفقته على من تكون:

فروي عنه أنه قال: تكون نفقته على مالك رقبته، وروي عنه أنه قال: تكون نفقته على من جعلت خدمته له(٤).

فوجه الرواية الأولى: هو أن النفقة على المالك بالرق، وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته أصله إذا أجره.

ووجه الثانية: هو أنه يملك منافعه دون سيده، فكانت النفقة عليه، |[٢١٤ب] كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعها، ولا يلزم عليه الإجارة، لأن العوض عنها قد أخذ لأجل ذلك.

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/٢٩ ـ ٢١٠.

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز، باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة، ر: ١٢٩٥، ١/٣٩٩، ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: ١٦٢٨، ص٦٦٧.

(٣) انظر: النوادر: ١٣/٤١.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٤٥ ـ النوادر: ١٢/١٠٣ ـ التنبيهات: ٤/٢٠٧٣.

كتاب الوقف والحبس

❋ مسألة:

عندنا أن الوقف والحبس صحيح لازم بالقول، ولا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم[1].

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: لا يثبت الوقف إلا بأحد سببين: إما بحكم حاكم أو بالوصية بعد الموت، وإن لم يوجد هذان الشرطان، فإن الوقف لا يصح[3]، ويجوز له أن يبيعه ولم ينتقل عنه بل هو على ملك الواقف كما كان أولا[4].

ودليلنا ما روى مالك رحمه الله، عن نافع عن ابن عمر أن «عمر بن الخطاب جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني أصبت مائة سهم من خيبر، وما ملكت في الإسلام أحبَّ إليَّ منه. وإني أريد أن أتصدق به»، فقال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، فكتب عمر رضي الله عنه: «هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب على فقراء المسلمين. لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولا جناح على

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٧ ـ النوادر: ١٢/٥ التفريع: ٢/٣١٧.

(٢) انظر: الأم: ٥/١٠٥ ـ مختصر المزني: ١٣٣ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥١١.

(٣) قال في شرح الرسالة: «المشهور عن أبي حنيفة وأصحابه منع الوقف وأنه غير جائز، إلا أن أصحابه في هذا الوقت يمنعون من إطلاق ذلك ويقولون هو جائز، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به حاكم، أو بأن يوصي به في مرضه أو يوقفه بعد موته فيصح». شرح الرسالة: ٤/٤٠٨أ.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٣٧، ١٣٨ ـ المبسوط: ١٢/٢٧ وما بعدها.

من ولي ذلك أن يأكل ويُطعِمَ صديقَه غير متأثّل مالا»[١]. وروي بنقول.

فوجه الدليل منه: أن النبي ﷺ قال له حبس الأصل وسبل الثمرة.

وقول عمر: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»؛ سألوا عليه [أسئلة][٢]:

❊ **قالوا:** هذا لا دليل فيه، لأن أكثر ما في هذا أنه قد وقف، ونحن نقول بذلك، ولكن نحن نقول بذلك، وإنما خلافنا في أنه لا يلزم إلا بحكم الحاكم.

❊ **والجواب:** هو أنا قد بينا أن النبي ﷺ قال له: «حبس الأصل وسبل الثمرة». وقول عمر: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، وعندكم يباع ويورث، وما زال عن ملك الواقف، وهذا خلاف ما قاله الرسول ﷺ وخلاف ما فعله سيد المسلمين عمر بن الخطاب.

ولأن هذا إجماع الصحابة فروي «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وقف دارا بمكة» وهي معروفة[٣] ووقف عمر ما ذكرناه عنه بخيبر، ووقف عثمان بن عفان رضي الله عنه بئر رومة، وقال: «دلوي فيها كوافد من دلاء المسلمين»[٤]، وروي «أن

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، ر: ٢٧٣٧، ٢/٢٨٥، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف، ر: ١٦٢٣، ص ٦٧٠.

(٢) ساقط من الأصل، والذي أثبته مقتضى السياق.

(٣) ذكره البيهقي في السنن، ٦/١٦١.

(٤) روى الطبراني في الكبير، قال: حدثنا محمد بن عبدوس بن كامل السراج وأحمد بن محمد البزار الأصبهاني قالا ثنا عبد الله بن عمر بن أبان ثنا المحاربي عن أبي مسعود يعني الأعلى بن أبي المساور الجرار عن أبي سلمة بشر بن بشير الأسلمي عن أبيه: قال: «لما قدم المهاجرون المدينة استنكروا الماء وكانت لرجل من بني غفار عين يقال لها رومة وكان يبيع منها القربة بمد فقال له رسول الله ﷺ: «بعنيها بعين في الجنة»، فقال: يا رسول الله ليس لي ولا لعيالي غيرها لا أستطيع ذلك، فبلغ ذلك عثمان رضي الله عنه فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم، ثم أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أتجعل لي مثل الذي جعلته له عينا في الجنة إن اشتريتها؟ قال: نعم. قال: قد اشتريتها وجعلتها للمسلمين». أخرجه في المعجم الكبير:=

عليا كرم الله وجهه حفر بئرا في ضيعة له فخرج ماؤها أعذب ما يكون، فقال بشر الوارث ودفعها فيها»[١].

|[٢١٥أ] وروي عن عائشة أم المؤمنين وقفت، وروي عن فاطمة رضي الله عنها أنها وقفت، ووقف أبو الدرداء إخراج بئرحاء، ووقف أنس بن مالك[٢]، ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه ولا حبسه، فدل على أن ذلك إجماع منهم على ذلك.

والقياس في هذه المسألة: هو أنه تحبيس أصل وتسبيل منفعة، فلم يفتقر إلى حكم حاكم أصله المساجد.

❊ **قالوا**: المعنى في المساجد أنه لو بناها وسبلها لم يفتقر في ذلك إلى أن يقول وقفت أو سبلت، وإنما بنفس المعنى يلزم ذلك حسب، وليس كذلك في مسألتنا لأنه لا بد أن يقول وقفت.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما لأنه لابد من القول أيضا في بناء المساجد فلم يصح ما قالوه من ذلك، وقياس آخر: وهو أنه نوع عطية يلزم بعد

= ر: ١٢٢٦، ٢/٤١، ٤٢. قال الهيثمي في مجمع الزوائد، في إسناده عبد الأعلى بن أبي المساور، وهو ضعيف. ٣/٣١٨.

(١) هذا الأثر رواه البيهقي بسنده من طريق عبد الله بن وهب عن سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن أبيه: «أن عليا بن أبى طالب قطع له عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ينبع ثم اشترى على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى قطيعة عمر رضى الله عنه أشياء فحفر فيها عينا فبينا هم يعملون فيها إذ تفجر عليهم مثل عنق الجزور من الماء فأتى على وبشر بذلك قال: بشر الوارث ثم تصدق بها على الفقراء والمساكين وفى سبيل الله وابن السبيل القريب والبعيد وفى السلم وفى الحرب ليوم تبيض وجوه وتسود وجوه ليصرف الله تعالى بها وجهى عن النار ويصرف النار عن وجهى». أخرجه في السنن الكبرى، باب الصدقات المحرمات، ٦/١٦٠.

(٢) انظر بعض هذه الآثار التي ذكرها المصنف في سنن البيهقي: ٦/١٦١. ونصب الراية: ٣/٤٧٦، ٤٧٩.

الوفاء بالوصية، فوجب أن يلزم بقوله حال الحياة أصله الهبة والصدقة.

وقياس آخر: وهو أنه أراد له ملك على وجه القربة، فلا يفتقر إل حكم حاكم أصله بناء القناطر والمساجد، ونزيد في الفرع إزالة الملك على منافع الرقبة للمحبسة، وقد قيل لأنه إخراج ملك إلى الله ﷻ على وجه القربة فصح الوصية به، ولا يفتقر إلى حكم حاكم أصله ما ذكرناه من بناء القناطر والمساجد.

واستدلال في المسألة، وذلك أن تصرف الإنسان في ملكه حال حياته آكد منه بعد مماته، وقد ثبت وتقرر أن ذلك يلزم بعد الوفاء، وأولى أن يلزم ذلك في الحياة، لأن ذلك آكد لما ذكرناه.

❊ **واحتج** بما روي عن ابن عباس أنه قال: لما نزلت سورة النساء قال النبي ﷺ: «لا حبس بعد الفرائض». وروي: «لا حبس بعد»[1].

❊ **قالوا:** فوجه الدليل منه أنه نفى الوقف ﵇ والحبس بعد آية المواريث.

⚜ **والجواب:** هو أن الراوي غلط في هذا الحديث وهو قوله: «لا حبْس»، وإنما الذي روي أنه قال: «لا حَبَسَ»، وأراد بذلك حبْسَ النساء في البيوت إذا زنين وأتين الفاحشة، لأن الله تعالى أمر بذلك في سورة النساء ثم نسخ، ورفع الحبس بقوله ﵇: «قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ثم الرجم»[2].

وجواب آخر: وهو أنه أراد ﵇ نفي الحبس الذي كانت الجاهلية تفعله،

---

(١) ورد بلفظ: «لا حبس بعد سورة النساء»، أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب الفرائض، ر: ٤٠٦١، ٥/١١٩، والبيهقي في الكبرى، باب من قال لا حبس عن فرائض الله ﷻ، ٦/١٦٢. والحديث في اسناده ضعف. قاله الدار قطني في السنن: ٥/١١٩.

(٢) أخرجه مسلم في الحدود، باب حد الزنى، ر: ١٦٩٠، ص ٧٠١.

وذلك أنهم كانوا يسبلون الناقة ولا تمس ولا يتصرف فيها أحد، فقال عليه السلام: «لا حبس».

❊ **قالوا**: وروي عن شريح أنه ||[٢١٥ ب] قال: «جاء محمد عليه السلام بإطلاق الحبس»، وروي أنه قال: «جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس»[١].

❁ **والجواب**: هو أن شريحا ما لقي النبي ﷺ فلا يكون في قوله حجة.

وجواب آخر: وهو أنه روي عنه أنه قال: «جاء محمد بإطلاق الوقف الذي كان في الجاهلية السائبة والوصيلة والحام»[٢].

❊ **قالوا**: وروي عن عبد الله بن زيد أنه قال: «قلت يا رسول الله: «إني تصدقت على أمي بصدقة وقد ماتت»، فقال ﷺ: «قبل الله صدقتك وعادت إليك ميراثا»[٣].

❁ **والجواب**: هو أنه كان تصدق عليها بصدقة منجزة وملكها ولم يوقفها عليها فلذلك ورث ذلك عنها، ويحتمل أن يكون ذلك تطوعا، ألا تراه قال عليه السلام: أجرت على ذلك.

❊ **قالوا**: وروي أن رجلا وقف وقفا، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فأبطله.

❁ **والجواب**: هو أنه يحتمل أن ذلك كان وقفا باطلا كما لو نقل إلينا أنه عليه السلام أبطل نكاحا أو بيعا حملناه على ذلك، إنما كان لفساد العقد لا لصحته، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في الرجل يجعل الشيء حبسا في سبيل الله، ر: ٢١٣٢٧، ٦/٢٥١، والبيهقي في الكبرى، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، ٦/١٦٣. قال الحافظ بن حجر: اسناده صحيح. الدراية: ٢/١٤٥.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، ٦/١٦٣.

(٣) أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت، ر: ٢٢١٣، ٢/٣٠٧.

❊ **قالوا**: ولأن الوقف عقد منفعة فوجب أن ينقل الرقبة أصله الإجارة.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ؛ بل ذلك عقد على الرقبة لا على المنفعة، وعلى أنه يبطل بالوصية أصله الإجارة بعد الموت، وينكسر بالعتق، لأن السيد إذا أعتق عبده فقد ملكه منفعته فاقتضى ذلك، وقال الملك على الرقبة، والمعنى في الإجارة أن العقد يتناول المنافع فكذلك لم تزل الرقبة، وليس كذلك في مسألتنا لأن العقد تناول الرقبة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه نقل ذلك لا إلى مالك، فوجب أن يلزم بنفس القول أصله إذا قال أجرتك داري هذه.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه العتق فإنه نقل ملك لا إلى مالك ومع ذلك يلزم بنفس القول.

وأما الأصل الذي قاسوا عليه، وهو إذا قال أجرتك داري فهو أن يبين في أي وجه أخرجها لزم ذلك وإن لم يبين، فليس لقوله ذلك حكم، وليس كذلك في مسألتنا إذا قال: |[٢١٦أ] وقفت هذه الدار، فإنه قد بين وأوضح فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه ترك فلا يلزم بمجرد القول أصله البيع والهبة.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالعتق والوصية، وأما الأصل فغير مسلم ؛ وهو إذا قال وقفت هذه الدار فإنه قد بين وأوضح فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه ترك فلا يلزم فلا يلزم بمجرد القول أصله البيع والهبة.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالعتق والوصية، وأما الأصل ؛ فإن البيع والهبة يلزمان بنفس القول فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأنه وقف على معين فلم يلزم

أصله إذا وقف على مكاتبه.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه، وإن سلمنا فالمعنى في المكاتب أنه عبد ما بقي عليه درهم وليس كذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: ولأنه لو كان الوقف مثل العتق لوجب أن لا يفتقر إلى شرائط، وفي الوقف لا بد من شرائط تذكر عند العقد.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الوصية بعد الموت، والثاني هو أن الشرائط إنما احتيج إليها ليعلم الوجوه التي تصرف إليها العين الموقوفة، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فَصْلٌ

ويجوز ذلك في المشاع والمحوز[1].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز[2].

وإنما قلنا ذلك، لما رويناه من حديث عمر رضي الله عنه: «أنه أصاب مائة سهم»[3]، وذلك يقتضي أنه مشاع؛ ولأنها عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها أصله المنفرد.

مسألة:

اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في وقف الحيوان من الرقيق والخيل والماشية: فروي عنه جواز ذلك[4].

وبه قال الشافعي[5].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٨ ـ ٤١٩ ـ الكافي: ٥٣٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٣٦، ١٣٧ ـ المبسوط: ١٢/٣٧.

(٣) تقدم تخريجه، والحديث بهذا اللفظ عند البيهقي في الكبرى، باب وقف المشاع، ٦/١٦٢.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٤١٨ ـ النوادر: ١٢/١٠١ ـ التفريع: ٢/٣١٠ ـ الكافي: ٥٣٦.

(٥) انظر: المهذب: ٣/٦٧٢ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥١٧.

وروي عنه المنع[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

ومن أصحابنا من قال: إن حبس الخيل جائز. وإنما الخلاف في غير ذلك من الحيوان[3].

والدليل على جواز ذلك: أن أم معقل بن يسار جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: «يارسول الله، إن معقلا وقف بعيرا في سبيل الله وإني أريد الحج فأركبه»، فقال ﷺ: «اركبيه فإن الحج من سبيل الله»[4]. وهذا يدل على جواز وقف الحيوان، لأنه لو لم يكن جائزا لقال لها، وقف الحيوان لا يجوز، وإنما عدل ﷺ إلى غير ذلك.

وروي أن النبي ﷺ بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه جابيا على الصدقة، فجاءه يشكوا من ثلاثة: العباس بن عبد المطلب وخالد بن الوليد وابن جميل، فقال النبي عليه السلام: «أما العباس فله علي أمثالها، أما علمت يا عمر أن عم الرجل صنو أبيه، وأما خالد فقد ظلمتموه؛ فإنه حبس أدرعه وأعتده في سبيل الله تعالى. [والأعتد الخيل][5]؛ وأما ابن جميل فما ينقم إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله تعالى»[6] وهذا يدل على ما ذكرناه من جواز ذلك.

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/١٠١ ـ التفريع: ٢/٣١٠ ـ الكافي: ٥٣٦.

(٢) انظر: المبسوط: ١٢/٤٥ ـ بدائع الصنائع: ٦/٢٢٠.

(٣) انظر: معين الحكام: ٢/٧٢٣ ـ المنتقى: ٨/٣١ ـ المسالك: ٦/٤٦٣ ـ عقد الجواهر: ٣/٣١.

(٤) أخرجه أبو داود في المناسك، باب العمرة، ر: ١٩٨٩، ص ٢٢٨، وقال الحافظ: إسناده صحيح. الدراية: ١/٢٦٦.

(٥) هكذا في الأصل.

(٦) أخرجه البخاري في الزكاة، ر: ١٤٦٨، ١/٤٥٥، ومسلم في الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، ر: ٩٨٣، ص ٤٨٤.

والقياس هو أنه عين تبقى مع جواز الانتفاع بها، فجاز دفعها أصله العقار، ولأنه مملوك |[٢١٦ب] لا يسرع الفساد إليه، فجاز وقفه أصله الأراضي، ولا يلزم عليه الدراهم والنبات، لأن الرواية قد اختلفت أيضا عن مالك رحمه الله في ذلك كما اختلفت في الحيوان، وقد قيل: إن ما جاز وقفه على وجه البيع جاز إفراده بالوقف، أصله ما ذكرناه لأنهم قد سلموا ذلك.

❊ **واحتج** بأنها أعيان لا تبقى على الدوام، فلا يجوز وقفها أصله سائر المأكولات.

❊ **والجواب**: هو أن المعنى في المأكولات أنها لا تبقى فلذلك لم يجز وقفها، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنها أعيان تبقى فأشبه ما ذكرناه من العقار والله أعلم.

فَصْلٌ

والربع الموقوف أو المحبس محرم لا يجوز بيعه إذا خرب ولا استبداله[(١)].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن في بيعه إبطال شرط في الواقف وخلافا لما عقده عليه، وذلك غير جائز، كما لو تخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان، فلم يكن في تبقيته إتلاف له بجواز عود العمارة إليه، ولأن في بيعه أيضا إبطال حق من حصل له فيه حق مع هذا النظر، ولا سبيل إلى ذلك.

وحكي عن ربيعة بن عبد الرحمن[(٢)] جواز بيعه[(٣)].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٨ ـ النوادر: ١٢/٨٢ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٣١٠.

(٢) أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرّوخ، الإمام، مفتي المدينة. روى عن أنس بن مالك، والسائب بن يزيد، وكان مالك يقول: ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة. وعنه يحيى بن سعيد الأنصاري، والليث بن سعد، ومالك وعليه تفقه. توفي سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء: ٦/٨٩ ـ ٩٦، ر: ٢٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٤١٨ ـ الكافي: ٥٤١.

وقد حكي عن بعض أصحابنا مثل ذلك: ولا يعرف هذا القائل[1].

فَصْلٌ

وأما إذا حبس في شاة أو غيره من الحيوان هرم وحطم وخيف عليه العطب، فقد اختلف أصحابنا في بيعه والاستبدال بثمنه غيره:

فقال ابن القاسم يجوز بيعه. وروي ذلك عن مالك رحمه الله.

وقال عبد الملك لا يجوز ذلك[2].

فوجه ما قاله ابن القاسم، هو أنه إذا لم يبق فيه منفعة في الحال ولا في المترقب في الوجه الذي حبس عليه لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف، وذلك غير جائز، ولأن إضاعة المال منهي عنه، وفي بيع هذا الفرس الذي قد كلب أو دخل العيب في قوائمه، فلم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتريه في غير ذلك الوجه، بأن يطحن عليه أو يحمل عليه أو ينتفع بثمنه غيره، فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع، فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض مسده أولى.

ووجه قول عبد الملك، وهو أنها عين أنه حبسها فلا يجوز بيعها أصله العقار.

فَصْلٌ

وإذا قلنا بقول مالك رحمه الله وابن القاسم في أن بيع ذلك جائز، وإن ثمن

---

(١) قاله عبد الملك بن الماجشون: انظر: النوادر: ١٢/٨٣ ـ التفريع: ٢/٣١٠. وقال القاضي في المعونة: «وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه في هذا الوقت» المعونة: ٣/١٥٩٤.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤١٨ ـ النوادر: ١٢/٨٤، ٨٥.

|[٢١٧ أ] ذلك يجعل في مثل تلك العين إن بلغ، وإن لم يبلغ ذلك أُعِين به في ثمن مثله وانتفع في مثل ذلك الوجه الذي حبس الأصل فيه، لأن بدل الشيء يقوم مقامه، وهذا التفريع إنما هو على قوله إن وقف الحيوان جائز، فأما إذا قلنا إن حبسه لا يصح، فلا معنى لهذا التفريع.

فَصْلٌ

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف هي أن يقول: وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك، مما يفيد معنى ذلك، فأما لفظ الوقف فإنه صريح في التأبيد، فإذا قال وقفت هذه الدار، أو قال هذه الدار وقف، كان هذا العقد كافيا في تأبيد تحريمها، فلا يرجع مالكا أبدا.

وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث فذلك آكد منه، والاقتصار على لفظ الوقف كاف[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها التسبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام، فوجب الحكم بذلك.

فَصْلٌ

وأما لفظة الحبس فهو أن يقول داري هذه حبس في وجه كذا وكذا أولا يقول في وجه كذا وكذا، لكن إن قال حبس فقط أو قال أحبستها، فإنها تكون حبسا في الوجه الذي جعلها فيه، وأما إن لم يذكر له وجها ولكن قال حبس فقط، فإنه يصرف ذلك في وجوه البر والخير[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن الظاهر من قوله حبس الخير والبر فوجب وضع ذلك فيه.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٩ ـ النوادر: ١٢/٩ ـ التفريع: ٢/٣٠٨.
(٢) انظر: المدونة: ٤/٤٢٠ ـ النوادر: ١٢/٩ ـ ١٠ ـ التفريع: ٢/٣٠٧.

فَصْلٌ

وأما الحكم في تأبيد ذلك فإنه ينظر في ذلك:

فإن لم يكن ضم ذلك إلى أن يقول: وقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث أو غير ذلك مما يفيد التأبيد، وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين، مثل أن يقول: جبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولا يذكر عقبا ولا نسلا، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك، هل يتأبد أم لا؟.

فروي عنه أنه لا يتأبد ذلك، وروي عنه أنه يتأبد ذلك ويكون محرما[(١)].

فوجه الرواية أنه يرجع ولا يكون حبسا: هو أنه مجرد لفظ الحبس لا يقتضي التأبيد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه.

ولأن لفظه مجرد عن التحريم، ومعناه أن المنفعة لمن جعلت له فقط حُبُس عليهم ولا يخرج عنهم، فأما تحريم ذلك بعد انقراضهم فإنه مما لا يستفاد به، فإذا كان كذلك، وجب عود ذلك ملكا للمحبس لأن ذلك على أصل ملكه لزوال الحق الذي تعلق بها.

/[٢١٧ ب] ووجه الرواية أن ذلك يعود حبسا مؤبدا محرما: ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه «حبس الأصل وسبل التمرة»[(٢)].

فوجه الدليل منه، أن عمر رضي الله عنه أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تأبد، وهي تمليك رقبة فأشار عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يحبس الأصل ويسبل التمرة، فدل على أن الأصل تأبيد تحريمه، ولو لم يكن الغرض حاصلا، لأنه كان يعود إلى

---

(١) انظر: المدونة ٤/٤٢٠ ـ النوادر: ١٢/١٠، ١١ ـ التفريع: ٢/٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٢) تقدم تخريجه.

ملكه ويبطل غرضه بالتصدق منه، وأيضا فإن إطلاق القول أن هذا حبس أن منافعه مستحقة على التأبيد، لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت، فكان الإطلاق مقتضيا للتأبيد وليس يخرجه عن ذلك، ولأنه لفظ يقتضي التحبيس، فوجب أن لا يقتضي التأبيد أصله لفظ الوقت، أو لأنه لفظ حبس مطلق، فوجب أن يقتضي التحريم أصله إذا كان على مجهولين.

فَصْلٌ

وإنما قلنا ذلك على التأبيد فإنه يصرف في الوجه الذي جعله فيه، فإذا انقرض عاد حبسا إلى أقرب الناس بالمحبس، فإن لم يكن له فرآه عاد ذلك إلى الفقراء والمساكين[1].

وإنما قلنا إنه يعود إلى أقرب الناس بالمحبس، لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج»[2].

وقال ﷺ لأبي طلحة: «اجعلها في الأقربين»[3].

وقال عليه السلام: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»[4]. ولأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد، لأنها تجمع الحالين جميعا فلذلك قلنا ذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤١٩ ـ النوادر: ١٢/٩ ـ ١٠ ـ التفريع: ٢/٣٠٧.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، ولعله يشير إلى حديث النبي ﷺ «لا يقبل الله يوم القيامة صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صدقته». أخرجه الطبراني في الأوسط، ر: ٨٨٢٨، ٨/٣٤٦.

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، ر: ١٤٦١، ١/٤٥٣، ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، ر: ٩٩٨، ص١٠٠٠.

(٤) أخرجه البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر عنى، ر: ١٤٢٦، ١/٤٤١، ومسلم في الزكاة، باب اليد العليا خير من اليد السفلى، ر: ١٠٣٤، ص: ٣٩٨.

فَصْلٌ

وأما إذا قال هذه الدار حبس وإن لم يبين الوجه الذي يتصرف فيه ، فإنه يصرف ذلك في وجوه البر والخير[1] .

وإنما قلنا ذلك: لأن الحبس إنما يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه ، وذلك يتعين بتعيينه ، فإذا لم يعين ذلك كان مطلقا في ذلك ، ولم يجز إبطال ذلك ، لأنه خرج بذلك فكان هذا حكمه ، فلذلك قلنا إنه يخرج في وجوه الخير والبر.

فَصْلٌ

فأما إن ضم إلى لفظ الحبس في المعنيين بعض ألفاظ التأبيد ، مثل أن يقول حبس وقف أو مُحرَّم أو مؤبد أو لا يباع ، أو جعل إطلاق لفظه في مجهولين أو موصوفين ، كالعلماء والفقراء ، أو في تميم أو على فلان وعقبه ، أو على ولدي وعقبهم ، ولم يعين ذكرا من أبناء ، فلا يختلف |[٢١٨ب] المذهب في هذين الوجهين أنهما يفيد التأبيد والتحريم[2] .

فَصْلٌ

وأما لفظ الصدقة فهو أن يقول: هذه الدار صدقة على فلان ، فإن ذلك على وجهين:

أحدهما: أنه يريد بذلك تمليك الرقبة ، أو يريد بذلك الحبس ، فذلك على وجهين:

إن كان ذلك على رجل معين أو قوم معينين ، ولم يذكر عقبا ، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٣٠٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤٢٠ ـ النوادر: ١٢/٩ ـ التفريع: ٢/٣٠٧.

فروي عنه أنه لا يتأبد.

وروي عنه أن يتأبد[1].

فإذا قلنا إن ذلك لا يتأبد، هو أن المحابة للتصدق بالمنفعة على زيد أو ولده المعنيين في وجه كذا لا يفيد التحريم، لأنه لا من لفظه ولا معناه، وإنما يقتضي تبقيته ما دام الوجه الذي صرف فيه باقيا، فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل الأول.

وأما وجه الثانية: هو أن إطلاق لفظ التصدق به يفيد التخلي منه، فكان ذلك كالوقف، وإذا قلنا إن ذلك يتأبد، فإنه يصرف في الوجه الذي جعلت فيه فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين.

فَصْلٌ

وأما إن جعل ذلك في قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كثرة كبني تميم أو غيرهم، أو على موصوفين كالعلماء والفقراء، أو شرط في المعينين أعقابهم، فإن ذلك يتأبد ولا يكون ملكا[2].

وقد ذكر ابن عبدوس[3] عن بعض أصحابنا: في هذه أنه قال، صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولو لم يقل حبسا، إنما يكون ملكا لآخر العقب لرجل أو امرأة فيتصرف فيها بما شاء من بيع أو غيره[4]. وأكثر أصحابنا يرون أن ذلك حبس.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٢٠ ـ النوادر: ١٢/١٠ ـ التنبيهات: ٤/١٩٧٢ ـ التفريع: ٢/٣٠٨.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤٢٠ ـ التنبيهات: ٤/١٩٧١.

(٣) محمد بن إبراهيم بن عُبْدُوس بن بشير أبو عبد الله القرشي مولاهم، الفقيه. صحب سحنون ابن سعيد. له: المجموعة ـ وهي نحو الخمسين كتابا على مذهب مالك وأصحابه، وشرح مسائل من المدونة. توفي سنة ٢٦٠هـ. الجمهرة: ٢/٩٨٣ ـ ٩٨٥، ر: ٩٤٨.

(٤) انظر: النوادر: ١٢/٩.

وأن ما حكاه ابن عبدوس عن بعض أصحابنا ليس بشيء، والصحيح إنما يكون حبسا.

وإنما قلنا ذلك، لأن عين المحرم إنما تعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم، فإذا صرف إلى مجهولين علمنا أنه أراد بذلك التأبيد، لأنه لا يعلم انقراضهم، وكذلك الموصوفون أن ينتظم المعدوم والموجود يقتضي تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم، وكذلك العقب يقتضي التأبيد إلا أن يكون أصله معينا فإنه يتعين أصله.

مسألة:

عندنا أن من شرط الحبس والوقف أن يخرجه عن يده في صحته، فأما إن أقام في يده مدة حياته إلى أن مرض المرض الذي مات فيه؛ فإنه يبطل ويكون ميراثا. وأما إن كان يصرف غلات ذلك في وجوهه ويقوم بذلك فقد قال: إنه لا يبطل[1].

وقال أبو يوسف والشافعي: يصح الوقف وإن لم يخرجه من يده وإن لم يصرف |[٢١٨ ب] انتفاعه في وجوهه[2].

والدليل لما قلناه، ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه «نحل عائشة رضي الله عنها جدادا وعشرين وسقا فلم يقبضه حتى مرض المرض الذي مات فيه، فقال لها أي بنية: إني كنت نحلتك وودت أنك حزتيه أو قبضتيه فكان لك، وإنما هو اليوم مال وإرث»[3]، وهذا يدل على أنه إذا لم يخرجه عن يده أنه له.

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأم سلمة: «قد كنت أهديت للنجاشي أواقي من

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٢١ ـ النوادر: ١٢/٧١ ـ التفريع: ٢/٣٠٨.
(٢) انظر: المبسوط: ١٢/٢٨ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥٢٨.
(٣) تقدم تخريجه.

مسك وحلة وقد مات وأنها لي وسترد علي فأعطيك منها شيئا، فلما رد عليه ذلك، جعل ﷺ لكل واحدة من زوجاته أوقية وجعل الباقي مع الحلة لأم سلمة»[1].

فوجه الدليل منه: أنه ﷺ كان قد وهب ذلك للنجاشي، فلما مات قبل أن يقبضه ارتجعه ﷺ، وهذا الخبر لا حجة لنا فيه؛ لأنه يجوز أن يكون النجاشي مات قبل أن يقبض الهدية فلذلك رجع ﷺ في ذلك.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا تتم النحلة إلا أن يحوزها المنحول له»[2]. وهذا الدليل صحيح؛ وهو أنما منعنا من ذلك لئلا يكون ذلك تطرقا إلى أن ينتفع الإنسان بماله حياته، ويخرجه عن ورثته بعد موته، فلا ينتفع الحجر عليه شيئا فلذلك قلنا من شرطه أن يخرجه عن يده.

❊ **واحتج** بأن قال: الدليل على أنه يلزم بالقول، فإن كان باقيا في يده بقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا قد قال شيئا فوجب الوفاء به.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا عام، فنخصصه بما ذكرناه من قصة أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

❊ **قالوا:** وروي عن عمر رضي الله عنه «أنه تصدق بصدقة فأمسكها في يده إلى أن مات»[3].

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ر: ٨٢٦، ٣٥٢/٢٣. وقال الهيثمي رجاله ثقات، ٥١٢/٥، ٥١٣.

(٢) لم أجده فيما عندي من مصادر.

(٣) يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري بسنده عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ، وكان يقال له: ثمغ، وكان نخلا، فقال عمر: يا رسول الله إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي ﷺ تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره. فتصدق به عمر فصدقته تلك في سبيل الله=

❁ **والجواب**: هو أنا نقول به إذا أخرج منافعها وصرفها في وجوهها، وعمر رضي الله عنه كان يفعل ذلك.

❊ **قالوا**: وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه «أنه حبس بستانا فأمسكه في يده»[1].

❁ **والجواب**: هو إن كان يخرج غلات ذلك في وجوهها ولا يتهم في ذلك، فعندنا مثل ذلك جائز.

❊ **قالوا**: وروي عنه أنه قال: «الصدقة جائزة قبضت أو لم تقبض»[2].

❁ **والجواب**: هو أن أبا بكر رضي الله عنه خالفه في ذلك، وعلى أنا نحمله على ما إذا أخرج ذلك عن يده فأعاد نظره في ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه عقد فوجب أن يلزم بالقول أصله سائر |[٢١٩أ] العقود.

❁ **والجواب**: هو أنا نقول بموجبه وهو إذا أخرج ذلك عن يده إذا كان يصرف غلات ذلك في وجوهها فإنه يلزم ذلك بالقول، وأما إن كان قد أخرجه عن يده مدة لا يتهم فيها ثم أعاد ذلك إلى نظره فكان يصرف غلاته في وجوهها ويقوم بذلك، فإن ذلك لا يبطل الحبس.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن التهمة تزول في ذلك إذا كان قد أخرجه مدة بينة أو استقر مدة بذلك.

= وفي الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقه غير متمول به». أخرجه البخاري في الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، ر: ٢٧٦٤، ٢/٢٩٥.

(١) تقدم تخريجه في صدر الكتاب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، من قال: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، ر: ٢٠٥٠٥، ٦/٤٣، ورواه الطبراني في المعجم الكبير عن عبد الله بن مسعود، ر: ٨٩٥٣، ٩/١٩٣. والحديث مختلف في تصحيحه وتضعيفه. انظر: مجمع الزوائد، ٧/٤٠١.

فَصْلٌ

ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم في مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالملك حياته وأدوا عنه ورثته. وقد حد ذلك ابن القاسم بسنة، وحجته في ذلك؛ أن السنة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج والعنين وعهدة السنة(1).

وكان الشيخ أبو بكر الأبهري(2) رحمه الله يقول: القياس أن لا يصح بعد رجوعه إلى يده، طالت المدة أو قصرت.

فَصْلٌ

وأما إن كان المحبس عليه صغيرا في ولا يته فإن قبضه له قبض، وكذلك الهبة(3). وإنما قلنا ذلك، لأن الصغير ليس من أهل القبض لنفسه والنظر له فكان قبض وليه له قبضا.

فَصْلٌ

ولا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير(4)، وإنما قلنا ذلك، لأن في ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته، فوجب حسم الباب في منعه من ذلك.

فَصْلٌ

والوقف في الصحة من رأس المال، وفي المرض والوصية من الثلث(5).

وإنما قلنا إن ذلك من رأس المال في حال الصحة؛ لأن الصحيح لا يتعلق عليه الحجر لأحد في ماله لا لوارث ولا لغيره، فكانت عطاياه وهباته من رأس

---

(1) انظر: المدونة: ٤/٤٢٢.

(2) في المعونة: «وكان شيخنا الأبهري رحمه الله...» ٣/١٦٠١.

(3) انظر: المدونة: ٤/٤٢٥ ـ النوادر: ١٢/١١٨.

(4) انظر المدونة: ٤/٤٢٥.

(5) انظر: المدونة: ٤/٤٢٤، ٤٢٦ ـ التفريع: ٢/٣٠٨ ـ الكافي: ٥٣٧.

ماله، وأما المريض فمحجور عليه لأجل ورثته، فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته، وإنما كان كذلك لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة عن الثلث، لأن ذلك القدر قد جعله له.

فَصْلٌ

وإنما لم يحكم بتنجيز ذلك في الحال من الثلث، لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط، لأن الاعتبار بما يتركه بعد الموت لا قبله، فيؤدي إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة، وذلك غير جائز.

فَصْلٌ

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح(١).

وقال أبو يوسف: يصح ذلك(٢).

وإنما قلنا ذلك، إذا ملك شيئا بضرب |[٢١٩ ب] [بضروب](٣) من المال، لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه، كما لو وقف لنفسه شيئا من ماله.

فَصْلٌ

فأما إن وقف في مرضه أو وصيته شيئا على ورثته خاصة دون غيرهم، فإن ذلك لا يصح، وكان ذلك ملكا للورثة(٤).

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك يجري مجرى الوقف على نفسه، فلا يوقف عليهم ملكهم ويمنعهم التصرف فيه، وذلك غير جائز.

---

(١) انظر: النوادر: ١٠/١٢ ـ المنتقى: ٣١/٨ ـ التوضيح: ٢٨٧/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٢٢٠/٦.

(٣) في الأصل: «بوصوف»، والمثبت من المعونة: ١٦٠٢/٣.

(٤) انظر: المدونة: ٤٢١/٤ ـ النوادر: ٧١/١٢ ـ التفريع: ٣٠٨/٢ ـ الكافي: ٥٣٧.

فَصْلٌ

وأما إن وقف عن غيرهم فإن ذلك لا يجوز أيضا لما ذكرناه، فأما إن دخل معهم أجانب فإن الوقف ينفذ من الثلث[1].

وإنما صح الوقف إذا دخل فيه الأجانب، لأنه وقفه على من يصح منه الوقف، ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض إذا ثبت ذلك، فإنه إذا قسم بين الورثة الأجانب فإنه يقسم نصيب الورثة على الشرط الذي شرطه، فأخذ الأجانب حقوقهم من ذلك، فكان ما يصيب الوارث بينه وبين باقي الورثة، ومن مات من الورثة الذين لم يدخلهم الوقف قام وارثه مقامه، لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال الذي كان له، فإذا مات الوارث الموقوف عليهم انقطع في حق الورثة فيما كان نصيبه خاصة، فإذا مات جميع الورثة الموقوف عليهم انقطع حق باقي الورثة جملة وحصلت لغير وارث.

فَصْلٌ

فإذا حبس على جماعة شيئا ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم، فمات بعضهم، فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ وينقسم، كالغلة والتمرة وما أشبه ذلك، فإن حصة الميت تكون في ذلك الوجه الذي جعل فيه بعد انقراضه، ولا يرجع على من بقي من أهل الحبس، لأن حق كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق له به، فكان موته في وجوب عود نصيبه إلى من بعدهم كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة، فإذا قلنا: إن حصة الميت تعود إلى من بقي من غير شرط المحبس لذلك، لكان ذلك كالميراث[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٢٤ ـ النوادر: ١٢/٧٢ ـ التفريع: ٢/٣٠٨ ـ الكافي: ٥٣٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٤٢٧ ـ التفريع: ٢/٣٠٩ ـ الكافي: ٥٣٧ ـ ٥٣٨.

فَصْلٌ

فأما إن كان مما لا ينقسم كالعبد يختدم والدابة تركب، ففي ذلك روايتان عن مالك رحمه الله تعالى:

أحدهما: أن ذلك بمنزلة ما يقسم، فترجع حصة الميت إلى الوجه الذي بعده.

والرواية الأخرى: أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقي منهم، فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذي بعدهم[1].

فوجه الرواية أن حصة الميت تعود إلى من بعده، اعتبارا بذلك بما ينقسم، ووجه الرواية أن ذلك لا يعود إلى من كان معه في الحبس؛ لأجل الضرر الذي يحصل في ذلك |[٢٢٠أ] لسوء المشاركة بخلاف المتميز، والأول أقيس.

فَصْلٌ

وأما إن كان الوقف مسكنا فإن ذلك على وجهين: إن كان حبس عليهم الغلة فعلى ما ذكرناه من باب المتميز المنقسم، وإن كان ذلك للسكنى فعلى ما ذكرناه من الخلاف الذي تقدم ذكره[2].

فَصْلٌ

وأما إذا أسكن إنسانا مدة معلومة، فقد أراد بالسكنى الانتفاع ذلك المدة، وليس للمالك الرجوع في ذلك، فأما إن مات الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته[3].

---

(١) انظر: التفريع: ٣٠٩/٢.

(٢) انظر: التفريع: ٣٠٩/٢ ـ الكافي: ٥٣٨.

(٣) انظر: التفريع: ٣١٠/٢ ـ الكافي: ٥٣٨.

وإنما قلنا ذلك، لأنه مات عن حق له يصح الإرث في نوعه فورثه كما لو كان ذلك عن معاوضة، ولا يلزم عليه الوطء، لأنا قلنا يصح الإرث في نوعه وذلك لا يصح الإرث بوجه.

فَصْلٌ

وأما إن دفع إليه صاحب الدار شيئا على أن يدع السكنى جاز ذلك.

وإنما قلنا ذلك أنه ليس على سبيل المعاوضة[1]، وإنما ذلك انتقل من هبة إلى هبة، ولأن أصل الإسكان كان قربة، والقربة يتسامح فيها ما لا يتسامح في المعاوضات كجواز الشركة والتولية في بيع الطعام قبل القبض، فكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها به من الأجنبي وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة، وإنه ليس القصد محض المعاوضة، وإنما القصد إكمال الحرية والرفق بالعبد فكذلك ههنا مثله.

فَصْلٌ

وأما إن أطلق المحبس ولم يشترط تقديما ولا تبدئة فإنه يؤثر في الإسكان والقيمة أهل الحاجة[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن الأصل الحبس والوقف إنما يقصد بذلك القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة، فوجب أن يكون من اشتدت حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قلت عنه.

فَصْلٌ

ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه[3]. وإنما قلنا ذلك، لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٣١٠.
(٢) انظر: النوادر: ١٢/١٦.
(٣) انظر: النوادر: ١٢/١٦.

فَصْلٌ

وأما إن شرط المحبس تقديما أو تبدية كان ذلك له على ما شرط(١).

وإنما قلنا ذلك، لأنه أعرف بماله حيث يضعه وله أن يقدم من شاء ويؤخر من شاء وليس كذلك إذا أطلق.

فَصْلٌ

وأما إذا حبس دارا فسكن بيتا صغيرا أو شيئا يسيرا منها، أو حبس دورا عدة فسكن دارا منها يسيرة فيما بقي جاز الحبس كله ما سكنه وما لم يسكنه، فأما إن سكن شيئا كثيرا أبطل جميع الحبس كله ما سكنه وما لم يسكنه.

وقد قال ابن القاسم: إنه يجوز ما لم يسكن، ولم يفرق بين القليل والكثير، وقد قيل يبطل الجميع(٢).

|[٢٢٠ ب] فوجه القول إنه لا يبطل إذا سكن شيئا يسيرا، هو أن ذلك لا تهمه فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد وفاته، لأن القدر الذي انتفع به يسير الخطب، كاللبن يشربه من غنم حبسها أو التمرة اليسيرة يأكلها من حائط حبسه، ولأن سكناه في الغالب لمراعاته له وحفظه والنظر في مصالحه.

ووجه القول إنه يبطل فيما لم يسكنه ويبطل فيما سكن؛ هو أنه لم يجز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه قد حيز عليه فزالت التهمة فيه، فوجب نفوذ الحبس فيه.

ووجه منع الجميع: هو أن الحبس إذا كان واحدا بطل الجميع ببطلان

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/١٦.

(٢) انظر: العتبية مع البيان: ١٢/٢٧٥ ـ النوادر: ١٢/١١٧ ـ التفريع: ٢/٣١١ ـ الكافي: ٥٣٩.

بعضه، لأن حكمه حكم واحد غير متبعض.

فَصْلٌ

فأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضي معنى الحبس، لا من ألفاظ الناس ولا من صفات المتصدق عليهم، فلا يكون ذلك بمعنى الحبس[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن ظاهر الصدقة يقتضي تمليك الرقبة، وإنما يصرف ذلك إلى الحبس بقرينة تنضم إليه.

فَصْلٌ

وأما إن جمع لفظ الحبس والصدقة، فقال هذه الدار حبس صدقة، فإن ضم إلى ذلك لا يباع ولا يوهب، أو قال محرمة ومؤبدة أو وقف، فلا يختلف المذهب أن ذلك يتأبد بهذا الانضمام إلى ذلك[2].

فَصْلٌ

وأما إذا قال: حبس صدقة، ولم يضم إلى ذلك شيئا آخر، وجمع بين اللفظين من غير قرينة، فقد اختلف أصحابنا في تخريج ذلك:

فمنهم من قال: إن ذلك يتخرج على روايتين عن مالك رحمه الله تعالى: إحداهما: أن ذلك يتأبد. والثاني: لا يتأبد[3].

فوجه الرواية أن ذلك لا يتأبد: هو أن ذلك مبني على أن كل واحد منهما بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لم يتميز جميعه بالتأبيد، لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكم يخالف حكم الانفراد.

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/١٨ ـ التفريع: ٢/٣٠٨ ـ التنبيهات: ٤/١٩٧١.
(٢) انظر: النوادر: ١٢/١٠ ـ التفريع: ٢/٣٠٨ ـ التنبيهات: ٤/١٩٧٢.
(٣) انظر: المدونة: ٤/٤٢٠ ـ النوادر: ١٢/١٨ ـ التفريع: ٢/٣٠٨ ـ التنبيهات: ٤/١٩٧٢.

ووجع الرواية أن ذلك يتأبد: هو أن تأبيده لتأكيد تحريم الحبس، وتأبيده كما لو قال لا يباع ولا يوهب، فكذلك إذا قال حبس صدقة وجب أن يتأبد بذلك.

❁ **مسألة:**

عندنا إذا وقف مسجدا فخرب ما حوله من الدور، لم يعد ملكا لمن بناه ولا يرجع في ذلك إلا أن يشترط ذلك[(١)].

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا خرب ما حوله من الدور، جاز له الرجوع فيه، ويرجع ملكا كما كان ويأخذ آجره وخشبه وينتفع به[(٢)].

وقال الثوري[(٣)]: يباع خشبه وآجره ||[٢٢١أ] ويبنى به مسجدا في محله عامرا[(٤)].

ودليلنا: هو أنه مخرج على وجه القربة، فلا يجوز له الرجوع فيه بتغير الأحوال أصله العتق، أو لأنه أزال ملكه عن الانتفاع به على وجه القربة المؤبدة فوجب أن لا يعود إليه، أصله ما ذكرناه من العتق، ولأن العمارات تنتقل من موضع إلى موضع، فهو وإن خرب ما حوله، فربما عادت العمارة إلى ذلك الموضع ثانية فوجب إبقاؤه على ما هو عليه.

❁ **واحتج** بأن قال: إنما أخرجه على وجه المصلحة، فإذا انتفت المصلحة

---

(١) انظر: المنتقى: ٨/٤٧، عقد الجواهر: ٣/٥٢ ـ الذخيرة: ٦/٣٣٠ ـ التوضيح: ٧/٣١٥.

(٢) انظر: المبسوط: ١٢/٤٢ ـ بدائع الصنائع: ٦/٢٢١.

(٣) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبد الله الكوفي، ثقة حافظ فقيه، عابد إمام حجة، من رؤوس الطبقة السابعة، وربما دلس. أخرج له الستة، مات سنة ٦١، وله أربعة وستين سنة. تقريب التهذيب. ر: ٢٤٥٢، /٣٧١.

(٤) انظر: عيون المسائل، ص٦٠٥.

جاز له الرجوع فيه أصله إذا كفن إنسانا فنبشه سَبُع فأكله، فإن الكفن يعود إلى صاحبه فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم أن له الرجوع في الكفن، بل يعود إلى ورثة الميت، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

❁ مسألة:

عندنا أن رقبة الوقف على ملك الواقف[1].

وقال أبو حنيفة: ينتقل ذلك إلى الموقوف عليه بحكم الحاكم[2].

واختلف قول الشافعي، وقال في أحد قوليه: إنه ينتقل إلى الله تعالى. وقال في القول الآخر: ينتقل إلى الموقوف عليه[3].

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه «حبس الأصل وسبل التمرة»[4]، والحبس يقتضي يكون محبوسا في ملكه ويسبل التمرة لمن سبل ذلك له.

فوجه الدليل منه أنه عليه السلام فرق بين الأصل وبين التمرة، وأن التمرة إنما تملك عليه على التأبيد وأن الأصل يبقى محبوسا، فالواجب الحبس بإخراج الأصل عن ملكه لكان يقبل عليه السلام بتمليك الأصل وتسبيل التمرة فدل بذلك على صحة ما قلناه، فإن الأصل باق على ملكه.

ولأن الواقف ما قال له أخرجت هذا عن يدي، وإنما قال وقفت، فوجب

---

(١) انظر: النوادر: ١٢/٧ ـ الكافي: ٥٣٦ ـ عقد الجواهر: ٤٩/٣.
(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٢١٨/٦.
(٣) انظر: المهذب: ٦٨٠/٣ ـ الحاوي الكبير: ٥١١/٧ وما بعدها.
(٤) تقدم تخريجه.

أن يكون وصفا على ملكه ولا يخرج ذلك عن يده إلا بيقين، ولأنه لم يوجد منه لفظ يوجب انتقال ملكه، فوجب أن لا تزول يده عنه أصله إذا لم يوقفه.

❊ **واحتج** بأن قال: الوقف سبب الاستحقاق العين الحادثة من الأصل على المالك من جميع الجهات فوجب أن ينتقل الملك فيه حتى يثبت الاستحقاق، أصله الميراث والوصية.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في الميراث والوصية إنما كان كذلك لأن الملك ينتقل في المنفعة والعين وليس كذلك في |[٢٢١ب] مسألتنا، لأن المنفعة هي المتنقلة، فأما الأصل فلا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأن الوقف يوجب استحقاق منافعه على التأبيد، فوجب أن تزول يده على الرقبة أصله العتق.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن العتق هو إخراج المنافع والرقبة جملة واحدة، فلذلك خرج وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما أخرج المنفعة دون الأصل وليس كذلك في مسألتنا، لأنه إنما أخرج المنفعة دون الأصل، ووزان مسألتنا أنه لو سبل منافع عبده على التأبيد، فإنه لا يخرج يده عن رقبته فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** فما الفائدة في كونه باقيا على ملكه إذا كان لا يصل إلى شيء من منافعه على التأبيد.

⚜ **والجواب:** هو أن له في ذلك فوائد (جمة)[1] منها أنه يتعين عليه مراعاته والكلام فيه والخصومة عنه حتى لا يتغير عن حاله، ومن يقوم مقامه فيه فيكون حكمه حكم موقفه، ولأنه يقوم بمصالحه ويخرجها من تحت يده ومن

---

(١) في الأصل: «جماعة»، ولعل ذلك خطأ من الناسخ.

يقوم مقامه في ذلك. ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «ولا جناح على من وليه ذلك أن يأكل غير منه غير متأثل»[1].

وقد روي أن أولاد عمر رضي الله عنهم كانوا يتولون ذلك دون من سواهم من الناس إلى انقراض ذلك[2]، فدل بذلك على صحة ما ذهبنا إليه.

مسألة:

عندنا إذا أوقف على ولده وولد ولده لم يدخل فيه أولاد البنات[3].

وبه قال أبو حنيفة: رحمه الله تعالى[4].

وقال الشافعي: يدخل في ذلك أولاد البنات[5].

ودليلنا هو أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ [النساء: ١١]، فأراد بذلك الأولاد دون البنات، ولأن ابن الابنة ليس من أولاده، وإنما هو من أولاد غيره، ولذلك قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولأن ابن الابنة لا ينسب إليه فلا يدخل في الوقف أصله سائر الأجانب.

واحتج بأن قال: لأنه إذا قال له علي ولدي وولد ولدي، يقتضي إطلاق ذلك أن يدخل فيه ولد بناته.

والجواب: هو أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الإطلاق يقتضي خلاف ما

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٤٢١ ـ النوادر: ١٢/٢٥.

(٤) انظر: الحجة: ٣/٥٦.

(٥) انظر: المهذب: ٣/٦٨٤ ـ الحاوي الكبير: ٧/٥٢٨.

قلتم، لأن ولد ابنته ليس من أولاده إنما هو ولد غيره.

❊ **قالوا:** فقد روي أن رسول الله ﷺ قال |[٢٢٢أ] في الحسن: «إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»[1].

❦ **والجواب:** هو أنه عليه السلام إنما قال ذلك مجازا واتساعا لا حقيقة، ونحن إنما نتكلم عن الحقائق التي تتعلق عليها الأحكام فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأن عيسى بن مريم عليهما السلام تكونه من بنات آدم وإن لم يكن له أب، إلا أنه من ولد آدم عليه السلام، ولا يخرجه من أن يكون من بني آدم عليه السلام.

❦ **والجواب:** هو أنا كذلك نقول، ونحن كلامنا في ولد البنات هل يدخلون مع الأولاد في الإطلاق، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

❖ مسألة:

ومن عمر عمرى فقد وهب منافع ذلك.

وصفة ذلك: أن يقول رجل لرجل أعمرتك هذه الدار وأسكنتك حياتك، أو أعمرتك أو مدة بقائك، أو قال منحتكها، أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تمليك المنافع عمره، فهذا لم يملكه رقبة الشيء، وإنما ملكه المنافع عمره، فمادام المعطي حيا والمنافع له، يعني المالك أو مات، فإن مات المعطى عادت إلى المالك إن كان حيا أو إلى ورثته كسائر تركته[2].

وبه قال الشافعي: في أحد قوليه[3].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما: إن ابني هذا سيد، ر: ٢٧٠٤، ٢/٢٦٩.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٣٠٠، ٣٠١ ـ المدونة: ٤/٤٩٢ ٣٠١.

(٣) انظر: الأم: ٥/١٣٠ ـ المهذب: ٣/٧٠١.

وقال أبو حنيفة: تصير ملكا للمعمر ولورثته ولا تعود ملكا إلى المعطي أبدا[1].

وهو قول الشافعي الثاني[2].

ودليلنا: هو أنه ملكه منفعة داره مدة معلومة، فوجب أن لا ينقل ملكه عنها، أصله إذا أجره إياها فإن ذلك لا ينقل الرقبة، فكذلك في مسألتنا. ولأن المعمر ما شرط للمعطي أن يكون له عمره علمنا بذلك أنه أراد تمليك المنافع، لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأبيد دون اشتراط العقد، ولأنه لو قال ملكتك رقبة هذه الدار عمرك أو حياتك أو ما دمت حيا لم يصح ما لم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة.

❊ **واحتج** بما روى مالك عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «من أعمر عُمْرى له ولعقبه فإنها للذي أعمرها لا ترجع إلى الذي أعمرها»[3]، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

❊ **قالوا:** فوجه الدليل منه أنه عليه السلام جعل ذلك لعقب المعمر إذا أعمر زيدا وعقبه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الحديث حجة لنا؛ لأنه عليه السلام جعل ذلك الذي أعمرهما ولعقبه، لأن عندنا إذا أعمر زيدا أو عقبه، فلا رجوع له في ذلك مادام زيد وعقبه باقين، لأنه قد جعل لعقبه ما جعل له، وكما أنه لا يجوز له أن يرجع فيما أعطى زيدا لا يجوز له أن يرجع فيما أعطى عقبه، |[٢٢٢ب] والمخالف لنا

(١) انظر: شرح معاني الآثار: ٩٤/٤ ـ المبسوط: ٩٤/١١٢ ـ ٩٥.

(٢) انظر: المهذب: ٧٠١/٣.

(٣) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى، ر: ١٦٢٥، ص٦٦٤، ومالك في الموطأ، باب القضاء في العمرى، ر: ٢٢٠٠، ٣٠٢/٢.

ترك هذا الحديث، لأن عنده أن المعطي لا يجوز له بيع هذه الدار والتصرف فيها بما شاء، وهذا خلاف ما يشترطه المعطي المعمر، لأنه أعطى عقبه كما أعطاه وليس هو بأولى بالعطية من عقبه، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن رجلا أعمر أمه حديقة فماتت، فقال لرسول الله ﷺ أعمرتها حياتها، فقال: هي لها حياتها وبعد موتها، فقال إني تصدقت بها، فقال عليه السلام: «ذلك أبعد»(1).

❊ **والجواب**: هو أن هذا الحديث غير معروف فلا يصح الاحتجاج به.

والثاني: هو أنه قال: تصدقت بها، فقال: لا يملك الرجوع في ذلك إذا كان يلفظ الصدقة.

وعلى أنه قد روي أن النبي ﷺ قال: «إذا قال الرجل للرجل هذا لك حياتك فهو له حياته، فإذا مات رجعت إليه»(2)، فكان هذا أولى مما قالوه، لأنه لا يحتمل غير ذلك والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

وإذا قال أعمرتك ولعقبك، فإنها تكون للمعتمر حياته، فإذا مات كانت لورثته أبدا ما بقي من عقبه إنسان، فإذا مات انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حيا أو إلى ورثته إن كان ميتا(3).

---

(1) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب العمرى، ر: ٣٥٥٧، ص٣٩٤، والبيهقي في الكبرى، باب العمرى، ٦/١٧٤. وإسناده ليس بالقوي، وذكر ابن حجر في الدراية أن ابن القطان صححه. انظر: الدراية: ٢/١٨٥.

(2) أصله في صحيح مسلم من طريق الزهري عن أبي مسلمة عن أبي جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها. أخرجه في العمرى، ر: ١٦٢٥، ص٦٦٤.

(3) انظر: الموطأ: ٢/٣٠١ ـ المدونة: ٤/٣٩٢ و٤٥١.

وإنما قلنا إن ذلك يكون لعقبه، لأن المعمر جعل لهم ذلك، فوجب أن يكون حقا لهم بعد موت المعمر.

مسألة:

عندنا أن الرقبى لا تصح ولا تجوز[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: الرقبى جائزة[3].

والرقبى: هو أن يقول الرجل أرقبتك هذه الدار، فإن مت قبلك فداري لك، وإن مت قبلي فدارك لي.

ودليلنا ما روى عمر أن رسول الله ﷺ: «أجاز العمرى وأبطل الرقبى»[4].

ولأن كل واحد منهما يتمنى موت صاحبه ليحصل له داره فوجب أن لا يصح ذلك.

والثاني: هو أن كل واحد يقصد إلى عوض فلا يدري هل يحصل له أو يحصل عليه، فوجب أن يكون ممنوعا من ذلك.

* **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أرقب أو أعمر فهو له، فقد أعطى عطية جرت

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٤٥١، ٤٥٢ ـ تهذيب المدونة: ٤/٣١٣.

(٢) انظر: المبسوط: ١٢/٨٩.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٧٠٢.

(٤) لم أجده بلفظه عن عمر، وروى البيهقي بسنده عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حجر عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر شيئا فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا فمن أرقب شيئا فهو سبيله». أخرجه في الكبرى، باب الرقبى، ٦/١٧٥.

فيها المواريث»[1].

❁ **والجواب**: هو أن هذا الحديث هو حجة عليكم ؛ لأنه قال في أول الخبر «أمسكوا عليكم أموالكم فمن أرقب أو أعمر فهو له» ، وهذا يدل على أن ذلك له ، وأنه ما خرج عن يده شيء ، والخبر هو حجة لنا لا علينا.

❊ **قالوا**: فقد قال: «فقد أعطى |[٢٢٣أ] عطاء جرت فيها المواريث».

❁ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول ، وأنه أعطى عطية وأنه أراد بذلك المنافع في العمرى ، وهذا إذا قال أعمرتك حياتك ، فإنه لا يملك الرجوع ، ولأنه قد روينا عنه ﷺ: «أنه أجاز العمرى وأبطل الرقبى» فكان هذا أولى ، فنستعمل الخبرين جميعا فيكون بذلك أولى.

❊ **قالوا**: ولأن من ملك بالعمرى فقد ملك بالرقبى أصله المنافع.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه لا يمتنع أن يملك بأحد اللفظين ما لا يملك بالآخر ، ألا ترى أن عقد البيع تملك به العين والمنفعة ، وعقد الإجارة يملك المنفعة ، لأنها إلى مدة آتية لا محالة ، وليس كذلك أرقبتك ، لأن كل واحد منهما يتمنى موت صاحبه ويترقب لذلك ، ولا يدري هل يموت هو قبله أم لا ، فوجب أن لا يصح ذلك والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم في الهبات ، باب العمرى ، ر: ١٦٢٥ ، ص: ٢٦٥.

كتاب الشفعة

ولا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط(١).

والأصل فيه وجوب الشفعة ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم»(٢).

وروي عنه ﷺ أنه قال: «الشفعة في كل شركة»(٣).

مسألة:

عند مالك رحمه الله: أن الشفعة لا تحل إلا للشريك المخالط ولا تجب للجار(٤).

وبه قال الشافعي(٥).

وأحمد بن حنبل(٦).

وقال أبو حنيفة: تجب للجار الملاصق إذا لم يكن هناك شريك أو كان، ولكنه عفا عن الشفعة، فأما الجار إذا لم يكن ملاصقا فإن الشفعة عنده تجب له

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر: ١٢١، فتح الباري: ٤/٤٣٦.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ر: ٢٢٥٧، ٢/١٢٨، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: ١٦٠٨، ص٦٥٦.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: ١٦٠٨، ص ٦٥٦.

(٤) انظر: الموطأ: ٢/٢٤٨، ٢٥٠، التفريع: ٢/٢٩٩، المقدمات: ٣/٦١، شرح المدونة للمازري: ل: ١١٨ ب.

(٥) انظر: مختصر المزني: ١١٩ ـ الحاوي الكبير: ٧/٢٢٧ وما بعدها.

(٦) انظر: المغني: ٧/٤٣٦.

أيضا إذا كان في درب غير نافذ، إذا عفا الملاصق فإن الشفعة تثبت لأهل ذلك الدرب كلهم، الأقرب فالأقرب، فإن عفوا عنها تثبت للملاصقين به من درب آخر، هذا مذهبه[1].

والدليل لما قلناه: ما روى [ابن][2] الزبير عن جابر أن النبي ﷺ «جعل حبس الشفعة في الربع والخليط»[3].

فوجه الدليل منه: أن الألف واللام للجنس، فإذا جعل حبس الشفعة والشرك لم يبق شفعة تثبت له غير الشرك.

والثاني: هو دليل الخطاب، لأنه قال عليه السلام: «الشفعة في كل شركة ربع أو حائط» دل على أن الشفعة فيما عداه.

وروي أن النبي ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[4].

فوجه الدليل منه أنه عليه السلام قال: «فيما لم يقسم»، |[٢٢٣ب] فجعل حبس الشفعة في الحبس الذي يقسم، فوجب أن لا يجب في غيره.

والثاني: هو أنه قال: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، وهذا نص في سقوط الشفعة في المحدود.

ولأنه أخبر عليه السلام عن جملة، وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة في غيره، وهو دليل الخطاب.

---

(١) انظر: الحجة: ٣/٦٧ ـ المبسوط: ١٤/٩٠.

(٢) في صحيح مسلم «أبو الزبير». ص ٦٥٦.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: ١٦٠٨، ص ٦٥٦.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ر: ٢٢٥٧، ٢/١٢٨، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة، ر: ١٦٠٨، ص٦٥٦.

سألوا عليه أسئلة:

أحدها: أنهم قالوا: هذا الخبر يرويه سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب عن النبي ﷺ، وهما ما لقيا رسول الله ﷺ.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا فرق بينهما عندنا بين المرسل والمسند إذا أرسله ثقة، ولا سيما سعيد بن المسيب وسلمة بن عبد الرحمن.

❊ **قالوا**: فهذا الخبر حجة لنا لأنه عليه السلام قال: «الشفعة فيما لا يقسم» فأراد به رجلين لهما دار فباعها قبل أن يقسماها من رجل، فإنه تثبت فيها الشفعة للجار.

ويحتمل أيضا أنه أراد بذلك عليه السلام رجلا باع نصف داره مشاعا ولم يقسمها، فثبتت الشفعة فيها للجار، ففي هذين الموضعين إثبات الشفعة للجار فيما لم يقسم فصار الخبر حجة لنا.

⚜ **والجواب**: هو أن **ذكر الصفة في الحكم تعليل**، لأنه لما قال عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم»، كأنه علل عليه السلام لها بكون الشيء لم يقسم، إنما تثبت فيه الشفعة لأنه لم يقسم وصار ذلك بمثابة قوله تعالى: ﴿**وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا**﴾ [المائدة: ٣٨]، لأنهما سرقا.

وقوله: ﴿**ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ**﴾ [النور: ٢]، فاجلدوا الزاني لأنه زنا، فإذا كان تعليلا منه عليه السلام لم يصح حمله على ما ذكرتم.

❊ **قالوا**: فهذا دليل الخطاب ونحن لا نقول به.

⚜ **والجواب**: هو أنه تقرير دليلنا أسقط هذا لأنا استدللنا به من حيث الحصر.

والثاني: هو أن دليل الخطاب نحن نقول به، ولأنه عليه السلام صرح بأن لا شفعة فيما وقعت فيه الحدود وصرفت فيه الطرق.

❊ **قالوا:** فيحتمل قوله عليه السلام: «فإذا وقعت الحدود وصرفت فيه الطرق فلا شفعة»، أي سبب القسمة لا تثبت الشفعة بأن يكون الملك لجماعة فيقسمونه (...)[1] كالبيع.

❀ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ما بقي الشفعة فيه في آخر الخبر هو الذي انتهى فيه أولها لا غير ذلك، ومعلوم أنه عليه السلام |[٢٢٤أ] إنما أراد بذلك الشفعة فيما لم يقسم إذا كان مبيعا.

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم «قضى بالشفعة فيما لم يقسم»[2] وأي مال قسم وأرف عليه فلا شفعة، ومعنى أرف علم عليه، وهذا نص.

ولأن ما قلناه هو إجماع الصحابة، وذلك أنه روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قالا: «لا شفعة للجار»[3] ولا مخالف لهما.

❊ **قالوا:** وقد روي عن علي رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنهما قالا: «الجار أولى بسقبه»[4].

❀ **والجواب:** هو أما علي رضي الله عنه فقد اختلفت الرواية عنه، فروي عنه مثل قول عمر وعثمان، وروى عنه ما ذكرتم. فإذا اختلف في ذلك تعارضا وسقطا، وبقي معنا قول عمر وعثمان.

---

(١) كلمة لم أتبينها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) هذا ورد بلفظ آخر، ذكره البيهقي في السنن الكبرى، ٦/١٠٥.

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى، أحكام الشفعة: ٩/١٠١.

وأما عبد الله بن مسعود فما ثبت عنه ما ذكرتم، ولو ثبت لكان قول عمر وعثمان مقدما عليه، ويحتمل أنه أراد بذلك العرض - عليه السلام - قبل البيع.

والقياس: هو أنه ملك محجوز لأن الحائط الذي بينهما شركا لهما فكيف يكون محوزا.

⚜ **والجواب**: هو أنا نريد بذلك أنه محوز بالحائط من عليه الدار، وذلك مسلم.

❊ **قالوا**: والمعنى في المحاذي إنما لم يستحق بالأخذ بالشفعة، لأنه ليس بينهما شركة في جزء من الدار وليس كذلك في مسألتنا لأنه له شركة في الحائط الذي بينهما وهو من الدار.

⚜ **والجواب**: هو أن الحائط تبع لملكيهما وليس بمقصود، وإنما هو لأجل الحيلولة بينهما فلا يجوز أن تثبت الشفعة لأجل التابع والمتبوع.

❊ **قالوا**: المعنى في الجار المحاذي إنما لم تثبت به الشفعة لأنه لا يمكنه أن يجعله ملكا، لأن الطرق بينهما وليس الملاصق له لأنه لا يمكنه أن يجعل الملكين ملكا واحدا فافترقا لأجل ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه يبطل بمن داره آخر الدرب، فإن الشفعة لا تثب له وإن كان يمكنه أن يخرق من داره إلى هذه الدار، فلما قلتم أن الشفعة لا تثبت له بل هي للملاصق علم أن الفرق لا يصح بوجه ولا سبب.

❊ **قالوا**: المعنى في الجار المحاذي إنما لم تثبت له الشفعة لأنه لا يتأذى به كأذية الجار الملاصق، لأن الملاصق يمكنه أن يؤذيه بالكلام والدخان وضرب الأوتاد في الحائط الذي بينهما، والشفعة إنما جعلت في الأصل لأجل الضرر.

⚜ **والجواب**: هو أن جميع ما ذكرتموه يمكن إزالته بالحاكم، والمسلمون يمنعونه من ذلك.

والثاني: هو أن المحاذي يتأذى به أكثر، لأنه ربما أشرف على دراه واطلع على حرمته |[٢٢٤ب] ويفتح بابه بحذائه فيؤذيه ويؤذي من يتعلق به فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن من لا يطالب بالشفعة مع الشريك لا يستحق الشفعة أصله الجار المحاذي، ولأن من لا يستحق الشفعة مع الشريك لا يستحقها إذا انفرد أصله ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: فلا يمتنع أن لا يستحق ذلك مع غيره وإذا انفرد استحق ذلك، الذي يدل عليه ابن الأخ مع الأخ في الميراث، والجد مع الأب، والأخ مع الأب.

⚜ **والجواب**: هو إنما كان كذلك وأنه لا يرث الجد مع الأب وكذلك الأخ معه، لأنهما يدليان بالأب إلى الميت، والمدلي به أقرب وأقرب من المدلي، وكذلك الابن مع الأخ يدلي إليه، وذلك كله بخلاف مسألتنا فإن كان كل واحد منهما بنفسه في باب الضرر يدوم ويتصل، فيجب أن يكونا في ذلك سواء لا يقدم أحدهما على الآخر، وصار من الميراث بمنزلة الأم مع الأب، فإنهما لما كانا أصلين فيه ورث كل واحد منهما منفردا ومجتمعا.

وقياس آخر: وهو أن كل شفعة تستحق بالشركة وجب أن تسقط بالقيمة، أصله إذا كانت دار بين ثلاثة أنفس، فإن لكل واحد منهما الشفعة فيما يبيع شريكه، فإن قسموها ويأكل كل واحد منهم نصيبه بحجزه وباب أحدهم في الوسيط، فإذا باع صاحب الطرف الآخر وقد كانت له الشفعة في هذا المبيع قبل القسم، فقد سقطت شفعته.

واستدلال، وذلك أن الشفعة إنما تثبت لإزالة الضرر عن الشريك الذي لم يبع، ولا يجوز أن يزال الضرر عنه بأعظم منه من حيث لا ينفك عنه، فلو جعلنا للجار الشفعة لأزلنا الضرر عنه بضرر عنه ندخله عليه، ولا ينفك منه، فوجب أن لا تصح الشفعة للجار لأجل ذلك..

❊ **واحتج** بما روى ابن رافع أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»(١) ويروى بالصاد، والسقب القرب.

❊ **قالوا**: وروي أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بدار الجار»(٢).

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأنه مجمل لم يبين فيه بأي شيء يكون أحق بإعانته وإعارته فليس أحد الإضمارين بأولى من الآخر.

❊ **فإن قالوا**: نحمله عليهما جميعا.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الكلام |[٢٢٥أ] إذا استقل بإضمار لا يراد فيه شيء آخر إلا بدليل.

❊ **قالوا**: فقوله أحق لا يستقل مالا فيها هو واجب، والشفعة هي الواجبة لا الإعارة ولا الإعانة.

⚜ **والجواب**: هو وإن كانت هذه الأشياء مستحبة إلا أنها تستعمل فيما لفظه أحق، فيقال الجار أحق بإعارة جاره وأحق بإعانته، فإذا جاز التصريح فيه ثبت أن ذلك محتمل.

---

(١) أخرجه البخاري في الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، ر: ٢٢٥٨، ١٢٨/٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الشفعة، ر: ٣٥١٧، ٣٩١، والنسائي في كتاب الشروط، ر: ١١٧١٣، ٣٦٤/١٠، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، ر: ١٣٦٨، ٦٤١/٣، وقال حديث حسن صحيح، وانظر: كلام الحافظ في الدراية: ٢٠٢/٢.

❊ **والجواب**: هو أنه إنما أراد بالجار ههنا الشريك، لأنه قريب من شريكه، وكل من قرب من الإنسان تسميه العرب جار، حتى المرأة، ألا ترى أنه روي في حديث حمل بن مالك بن النابغة أنه قال: «كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فقتلتها»(١) وأراد بذلك بين امرأتين لي.

وقال الأعشى(٢):

أجارتنا بيني فإنك طالقة	ومرموقة ما كنت فينا وواقعه
أجارتنا بيني فإنك طالقه	كذاك أمور الناس غاد وطارقه
وبيني فإن البين خير من العصا	وأن لا تزالي فوق رأسك بارقه
حبستك حتى لامني الناس كلهم	وخفت بأن تأتي لدي ببائقه
وذوقي فتى حي فإني ذائق	فتاة لحي مثل ما أنت ذائقه
لقد كان في نسل قومك منكح	وفتيان هزان الطوال الغرانقه(٣)

قال عروة: نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى(٤).

❊ **قالوا**: فقد روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره»(٥).

---

(١) أخرجه مسلم في القسامة، باب دية الجنين..، ر: ١٦٨١، ١٦٨٢، ص: ٦٩٧.

(٢) ميمون بن قيس بن جندل من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، أبو بصير، المعروف بأعشى قيس، ويقال له أعشى بكر بن وائل، والأعشى الكبير. من شعراء الطبقة الأولى في الجاهلية وأحد أصحاب المعلقات. كان كثير الوفود على الملوك من العرب، والفرس، غزيرالشعر، يسلك فيه كلَّ مسلك، وليس أحدٌ ممن عرف قبله أكثر شعراً منه. وكان يُغنّي بشعره فسمّي (صناجة العرب). عاش عمراً طويلاً وأدرك الإسلام ولم يسلم، ولقب بالأعشى لضعف بصره، وعمي في أواخر عمره. تاريخ دمشق: ٣٢٧/٦١.

(٣) انظر ديوان الأعشى، ص ٣٥.

(٤) انظر: معرفة السنن والآثار، ٣١٤/٨.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، ر: ٢٣١٧٢،=

❁ **والجواب:** هو أن هذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب أهل الحديث، ولو صح لحملناه على أنه أحق بالعرض عليه.

❁ **قالوا:** وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها إذا غاب إذا كان طريقهما واحدا»(١).

❁ **قالوا:** وهذا نفي.

❁ **والجواب:** هو أن هذا الحديث يرويه عبد الملك بن سليمان عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ، وعبد الملك رجل ثقة إلا أن أصحاب الحديث ضعفوه في جميع أحاديثه التي رواها في الشفعة خاصة. فقال شعبة(٢) وغيره: وهم عبد الملك في هذا الحديث(٣).

= ١٧٦/٧. قال الحافظ بن حجر: لا يعرف، الدراية، ٢٠٣/٢.

(١) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب الشفعة، ر: ٣٥١٨، ص٣٩١، وابن ماجه في كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، ر: ٢٤٩٤، ٨٣٣/٢. والبيهقي في الكبرى، باب الشفعة بالجوار: ١٠٦/٦؛ وقال الحافظ بن حجر في الدراية: أخرجه الأربعة أيضا من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر رفعه الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بهما وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا». قال الترمذي: لا نعلم من رواه إلا عبد الملك وقد تكلم شعبة فيه لأجل هذا الحديث. وقال الشافعي: نخاف أن لا يكون محفوظا. وقال أحمد: هو منكر. وقال يحيى بن سعيد: أنكره الناس عليه ويقال أنه رأى عطاء أدرجه عبد الملك. انظر: الدراية: ٢٠٢/٢.

(٢) شعبة بن الحجاج بن الورد، الإمام الحافظ، أمير المؤمنين في الحديث، عالم أهل البصرة وشيخها، حدث عن يحي بن أبي كثير وسعيد بن أبي سعيد المقبري وغيرهم، وحدث عنه أيوب السختياني وسفيان الثوري وأبو معاوية الضرير، وكان من أوعية العلم مقدم في الحديث، مولده كان سنة ثمانين، وتوفي سنة ستين ومائة بالبصرة باتفاق. السير: ٢٠٢/٧.

(٣) قال البيهقي في السنن الصغرى: «وأما حديث عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر، عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار أحق بشفعة أخيه ينتظر إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً». فهذا حيث أنكره على عبد الملك شعبة بن الحجاج ويحيى بن سعيد القطان وأحمد بن حنبل وسائر الحفاظ، حتى قال شعبة: لو روى عبد الملك بن أبي سليمان حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لتركت حديثه». انظر: السنن الصغرى مع شرحه المنة الكبرى: ٣٩٤/٥.

وجواب آخر: وهو أنه إن صح، حملناه على أنه أراد الشريك وقد ثبت أنه سما بذلك، ولأنه قد شرط في ذلك أيضا إذا كان طريقهما واحدا.

❊ **قالوا:** وروى عمرو بن الشريد ||[٢٢٥ب] عن أبيه أنه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله: «إن لي جارا وقد باع أرضه وليس لي فيها شرك ولا حق إلا الجوار»، فقال النبي ﷺ «أنت أحق بأرض جارك»[1].

❊ **قالوا:** وهذا نص.

❊ **والجواب:** هو أن أبا بكر بن المنذر[2] قال: هذا الحديث مضطرب

---

(١) رواه ابن حزم من طريق ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن الحسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه قلت يا رسول الله: «أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك إلا الجوار. قال الجار أحق بصقبه ما كان». المحلى: ١٠٢/٩، وابن أبي شيبة في المصنف، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، ر: ٢٣١٧٦، ١٦٨/٧، وابن ماجه في كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار: ٢٤٩٦/٢، ٨٣٤/٢. قال في نصب الراية: «ورواه البزار في مسنده، وقال: ويروى هذا الحديث عن الحسن عن سمرة، وعيسى بن يونس جمع بين الطرفين، أعني عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وعن ابن أبي عروبة عن قتادة عن أنس، انتهى. ورواه الدارقطني في سننه وقال: وهم فيه عيسى بن يونس، وغيره يرويه عن قتادة عن الحسن عن سمرة، هكذا رواه شعبة، وغيره، وهو الصواب، انتهى. قال ابن القطان في كتابه: وقد مالا بهذا القول على عيسى بن يونس، فإنه ثقة، ولا يبعد أن يكون جمع بين الروايتين، أعني عن أنس، وعن سمرة، وقد ورد ما يعضد ذلك، قال قاسم بن أصبغ: حدثنا محمد بن إسماعيل ثنا نعيم بن حماد ثنا عيسى بن يونس عن أبي عروبة عن قتادة عن أنس، وبه عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعا، فذكره، قال: وعيسى بن يونس ثقة، فوجب تصحيح ذلك عنه. نصب الراية: ١٣٧/٤، والعلل لابن أبي حاتم: ٢٨٩/٤، ٢٩٠.

(٢) أبو بكر بن المنذر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الفقيه الإمام الحافظ العلامة، نزيل مكة، روى عن الربيع بن سليمان ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ومحمد بن إسماعيل الصائغ وغيرهم، وحدث عنه أبو بكر بن المقرئ وغيره، ألف تصانيف عدة، كالإشراف في اختلاف العلماء، والإجماع، وكتاب المبسوط، وغيره، توفي بمكة سنة تسع وثلاثمائة. السير:=

الأسانيد[1]، ولو ثبت فيحتمل أنه يكون قد كان له فيها حق الشفعة، بأن تكون أرضا لرجلين باع أحدهما نصيبه منها فثبتت لشريكه الشفعة فلم يطالب بها، لأنه كان سلم أن له ذلك حتى كان باع نصيبه أيضا منها، ثم علم أنه كانت له فيه الشفعة فقال ليس له فيها شرك ولا حق إلا حق الجوار، فقد كان له فيها حق فأثبت له الشفعة. وعلى أنكم رويتموه؛ وما رويناه أولى، لأن أخبارنا معروفة مشهورة عند أصحاب الحديث، وما رويتموه، فإن أصحاب الحديث وأهل المعرفة قد تكلموا في جميعها، فوجب تقديم ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: ليس بين ملكيهما فاصل فثبتت له الشفعة أصله الشريك.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نجوز اعتبار الشريك بغيره، ألا ترى أنه لو كان له شرك في عبد فأعتقه قوم عليه الباقي، ولو أعتق عبده المنفرد لا يقوم عليه عند شريكه، فلم يجز اعتبار الشريك بالمنفرد، وعلى أن المعنى في الأصل أنه يوجد في حقه معنى لا يوجد في الجار لأنه إن لم يثبت له الشفعة استضر بالقسمة ونقصان الملك بالقسمة وإحداث مرافق لا بد منهما، والجار بخلاف ذلك فلم يصح ما قالوه.

ولأنه يلحقه ضرر على الدوام فيثبت له الشفعة أصله الشريك.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالجار المحاذي، والمعنى في الأصل ما تقدم.

❊ **قالوا**: ولأنه معنى ثبت لإزالة الضرر عن المال فجاز أن يثبت للمنفرد أصله الرد بالعيب.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالجار المحاذي.

= ١٤/٤٩٠، طبقات الشافعية الكبرى: ٣/١٠٢ ـ ١٠٨.

(١) انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف، ٢/٢١٦.

والثاني: هو أن الرد بالعيب يثبت دار الجار المحاذي والشفعة بخلاف ذلك، ولأن المعنى في الرد بالعيب إنما يثبت لأجل فوات جزء من العوض، وذلك يوجد في المشاع والمنفرد بخلاف الشفعة، فإنها تثبت لما يلحق من الضرر بالقسمة ونقصان الملك وإحداث مرافق آخر.

❊ **قالوا:** ولأنه سبب يملك به المشاع فجاز أن يملك به المنفرد أصله البيع والهبة وغير ذلك.

⚜ **والجواب:** هو أن في البيع يملك به دار الجار المحاذي |[٢٢٦أ] وبالشفعة لا يملك ذلك، ولأن البيع وضع لنقل الملك وهذه الشفعة إنما وضعت لإزالة الضرر فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر.

❊ **قالوا:** ولأنا قد أجمعنا على أن الشفعة إنما جوزت لإزالة الضرر فقلتم إنه لضرر يلحق بسبب القسمة ومرفقها.

ونحن لا نقول إن ذلك لسبب يلحقه على الدوام لا سيما إذا فتح داره غداة فصباحه ومساؤه يؤذيه ومع ذلك لا تجب له الشفعة في ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فَصْلٌ

والشفعة مستحقة في العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان[١].

وقد حكى عمر[٢] قال: من الناس من قال: إن الشفعة في كل شيء إن صح ما قاله.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٤، ٢٥٦ ـ المدونة: ٤/٢١٦ ـ التفريع: ٢/٢٩٩.

(٢) لعله يقصد ابن القصار، فقد قال في عيون المجالس: «والذي يقوى في نفسي أن فيها الشفعة». ص٥٨٤.

والأصل فيما قلناه ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم»[1] وروي عنه عليه السلام أنه قال: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[2]. وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق لها، ولأنها مما ينقل ويحول فلا تثبت فيه الشفعة أصله الذهب والفضة.

والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين، وجود الضرر في الأرض بالشركة على وجه الدوام، لأن المخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.

مسألة:

واختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في الشفعة في الثمرة إذا كان الأصل بأيديهم ملكا أو حبسا أو مساقاة أو مبتدأ الشراء:

فروي عنه أنه قال في ذلك الشفعة[3].

وبه قال أبو حنيفة[4].

وروي عنه أنه قال: لا شفعة في ذلك. وهو قول المغيرة وعبد الملك[5].

وبه قال الشافعي: رحمه الله تعالى[6].

والدليل على وجوب الشفعة في ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في كل شركة»[7].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٢٣٧ ـ النوادر: ١١/١١٣، شرح المدونة للمازري: ل ١١٨ أ.

(٤) انظر: المبسوط: ١٤/١٣٣.

(٥) انظر: النوادر: ١١/١١٤.

(٦) انظر: المهذب: ٣/٤٤٧ ـ الحاوي الكبير: ٧/٢٣٣.

(٧) تقدم تخريجه.

وروي أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»(١).

❊ **قالوا:** فهذا عموم وقد أجمعنا على أن الشفعة لا تجب في الحيوان ولا في الثياب ولا في الطعام.

⚜ **والجواب:** هو أن تلك الأشياء قام الدليل عليها فبقي الباقي على ظاهره مخصصا بعض العموم وبقيناه فيما يجوز الأخذ فيه.

والقياس: هو أنه متصل بالمشفوع |[٢٢٦ب] فيه، فتثبت فيه الشفعة أصله النخل والشجر وسائر الأصول.

❊ **قالوا:** المعنى في الأصل؛ إنما كان كذلك لأنه تبع للأصل في إطلاق البيع والثمرة لا تتبع الأصل بإطلاق البيع فافترقا.

⚜ **والجواب:** هو أنه يلزم عليه ألا يؤثر، فإنه بيع الأصل في البيع عند الإطلاق إلا أن الشفعة لأجل ذلك فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أن الشفعة سبب يملك به العقار، فجاز أن تملك به الثمار أصله البيع، ولا يلزم عليه المطلق في الثمرة، لأننا قلنا فجاز ولم نقل فوجب.

❊ **قالوا:** المعنى في البيع أنه يملك به الثياب والحيوان والطعام، فلذلك ملك به العقار، وليس كذلك الشفعة، لأنه لما لم يملك به الثياب، وما ينقل ويتحول وجب أن لا تملك به الثمار.

⚜ **والجواب:** هو أنه غير ممتنع أن يكونا عقدين ويملك بأحدهما جميع

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع، ر: ١٣٧١، ٦٤٥/٣، والبيهقي في الكبرى، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول، ١٠٩/٦، والدارقطني في كتاب البيوع، ر: ٢١٢٠، ٣٩٥/٥، وقال الدار قطني: لا يثبت موصولا وفي اسناده ضعف.

الأشياء، ويملك بالآخر بعض تلك الأشياء، ألا ترى أن عقد الإجارة تملك به المنافع ولا تملك به الرقبة، فكذلك في مسألتنا يجوز أن تملك الشفعة في الثمرة وإن لم يملك الشفعة في الرقبة فلم يصح ما قالوه.

ولأن اتصال الشجرة بالثمر آكد من اتصال الشجر بالأرض والبناء الذي فيها، لأن ذلك مودع والثمرة خلقت من قلب النخل وعين الشجر، فإذا ثبتت الشفعة في النخل كان أولى أن يثبت ذلك في الثمرة، ولأن الشفعة إنما تثبت لأجل الضرر في أصل النخل لدخول الأجنبي على الشريك الذي لا يعلم عسره في مقامه معه، وهذا المعنى موجود في شراء الثمرة، لأنه يدخل عليه من يطله على أهله لا سيما والناس في سائر البلدان يخرجون بأهاليهم إلى البساتين في أيام الثمار، فيؤدي ذلك إلى الضرر بهذا الشريك. وأن يدخل عليه من لا يريده فوجب أن يمنع من ذلك وتكون الشفعة في ذلك كما كان ذلك في الأصل.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إنما الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[1].

❊ **قالوا:** فوجه الدليل، منه أنه عليه السلام أعلمنا أن الشفعة إنما تكون فيما له حدود، |[٢٢٧أ] والثمرة بخلاف ذلك.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الخبر لا حجة فيه، لأن النخل نفسه لا حد له وإنما يحد بأرضه، وإذا ثبتت الشفعة فيما لا يحد لغيره، وجب أن تجب الشفعة في الثمرة التي في النخل لأنهما جميعا يحدان بالأرض.

❊ **قالوا:** ولأن ما لا يتبع العرصة بإطلاق البيع وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله غلمان الضيعة وترابها وآلات الحرث وما أشبه ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

❁ **والجواب**: هو وإن لم يدخل في إطلاق البيع إلا أنه يدخل الضرر عليه، ولأجل الضرر أثبتنا له ذلك، وعلى أن المعنى في الأصل، أن تلك الأشياء غير منفصلة بالمشفوع فلذلك لم تثبت الشفعة فيها وليس كذلك في مسألتنا، لأنه متصل بالمشفوع ومتعلق بما وجبت فيه الشفعة، فكانت فيه الشفعة كالأصل وهذا أولى مما ذكروه.

❊ **قالوا**: ولأنها ثمرة فلا تثبت فيها الشفعة أصله إذا أفردت بالبيع.

❁ **والجواب**: هو أنه لا تأثير لقولكم ثمرة، فإن عين الثمار بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والمعنى في الأصل، وهو إذا أفردت إنما لم تجز فيها الشفعة لأنها عين متصلة بالمشفوع فأشبه الأصل.

وربما قالوا: ولأن ما لا تثبت فيه الشفعة إذا ملك بعقد الصداق أو الخلع أو الإجارة والصلح على دم العمد، وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله سائر المنقولات.

❁ **والجواب**: هو أن هذا القياس لا يلزمنا نحن، لأننا نجوز الشفعة في جميع ذلك، وإنما يلزم أصحاب أبي حنيفة فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الثمرة لا تدخل في بيع النخل إلا بشرط، وما م يدخل على وجه البيع لا يثبت فيه الشفعة، أصله الطعام الموضوع في الأرض لما لم يتبع الدار في العقد لم يتبعها في الشفعة، فكذلك في مسألتنا مثله.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن ذلك غير متصل بالمشفوع فيه فلذلك لا تجب الشفعة فيه، وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

ولا شفعة في طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقة لأهلها[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك تابع للأصل فلا شفعة فيه، وهي البيوت المقسومة.

فأما البئر وفحل النخل: فإن كانت الأرض التي هما فيها مشاعة ففيها الشفعة، وإنما قلنا ذلك: لأن في أصلها الشفعة فهما تبع لها، فإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة في البئر والفحل[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا |[٢٢٧ب] تصلح قسمتها ولا هي متصلة بأصل تجب فيه الشفة فتكون تابعة له.

فَصْلٌ

وأما من له ممر في أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له، فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض[3].

وإنما قلنا ذلك، لأنه ليس شريك، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق في نفس الملك.

وكذلك الدار إذا كان علوها لرجل وأسفلها لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر[4].

وإنما قلنا ذلك، لأن ملك كل واحد منهما متميز عن ملك الآخر والشركة منتفية بينهما.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٥ ـ المدونة: ٤/٢١٥.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٤ ـ المدونة: ٤/٢٣٤ ـ التفريع: ٢/٢٩٩.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٢١٥، ٢١٦ ـ النوادر: ١١/١١٥ ـ التفريع: ٢/٢٩٩.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٢٥٩.

❁ **مسألة:**

عندنا أن الشفعة يصح الأخذ بها في النكاح والخلع والإجارة والصلح من دم العمد والخطأ أو عن أرش جناية أو قيمة متلف وغير ذلك مما يتمول، ومثال ذلك: أن يصدق الرجل امرأته شِقصا[1]، أو يجعل ذلك عوضا في الخلع والإجارة أو غير ذلك، فإنه يثبت في جميع ذلك الشفعة[2].

وبه قال الشافعي[3].

وقال أبو حنيفة: لا يثبت في ذلك الشفعة[4].

ودليلنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم»[5].

فأنبه عليه السلام فيما لم يقسم، وهذا موجود في مسألتنا فوجب الأخذ فيها بالشفعة.

❊ **قالوا:** فهذا الخبر محتمل لا بد فيه من إضمار، فإن قلتم إذا كان صداقا قلنا إذا كان مبيعا وليس أحد الإضمارين أولى من الآخر، بل ما أضمرناه أولى لأنه متفق عليه.

❁ **والجواب:** هو أن اللفظ عام إذا كان صداقا، فإذا كان مبيعا فوجب حمله على العموم.

والقياس هو أنها معاوضة فإذا ملك بها وجبت فيه الشفعة وجب الأخذ بها أصله البيع.

---

(١) الشقص: بكسر الشين: النصيب. التنبيهات: ١٨٢٢/٤.
(٢) انظر: المدونة: ٢٤٧/٤ ـ النوادر: ١٦٨/١١ وما بعدها ـ شرح المدونة للمازري: ل ١٤٣ ب.
(٣) انظر: الأم: ٥/٥ ـ المهذب: ٤٥٦/٣.
(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٢١ ـ المبسوط: ١٤٤/١٤ ـ ١٤٥.
(٥) تقدم تخريجه.

❊ **قالوا**: المعنى في البيع ؛ هو أن المال فيه مقصود ، ولهذا لا يصح إلا بتسمية البدل ، وليس كذلك النكاح لأنه لا يقصد به المال ، وهذا يجوز أن يعقد من غير ذكر بدل .

⚜ **والجواب**: هو أن علة الأصل تبطل بالإجارة والخلع ، فإن المال فيهما مقصود ، ثم لا تثبت الشفعة عندكم في عوضهما ، ومعنى الفرع غير مسلم ، فإن المال في النكاح مقصود ولهذا لا نذكره نحن ، ويتقدر عندنا وعندكم ، يدل ذلك على تأكده .

ولأنه لا يمتنع أن يفترقا من هذا الوجه ويتساويا في الشفعة ، |[٢٢٨أ] كما أنهما يتساويان في الرد بالعيب فجاز أن تثبت الشفعة فيما يقبل القسمة ، أصله البيع . ولا يلزمنا الكتابة ، لأنها لا يملك منها ما لا يملك بالشفعة إنما وضعت لإزالة الضرر عن المال ، فجاز أن تثبت في الصداق والخلع والصلح من دم العمد ، أصله الرد بالعيب .

❊ **قالوا**: فالرد بالعيب يثبت في المنقولات كلها والشفعة بخلاف ذلك .

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالبيع ، فإنه يثبت في المنقولات والشفعة تقع منه .

❊ **واحتج بأن قال**: لأنه لم يملك بدل عما هو مال فلا تثبت فيه الشفعة أصله الموهوب والموروث .

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم في الهبة والصدقة ، لأن مالكا ﷺ قال في إحدى الروايتين عنه: أن الشفعة في جميع ذلك[1] ، فلا نسلم على هذه الرواية .

وعلى أن قوله ليس بمال ، يقتضي أن يكون في الأصل بدل ولكنه ليس

(١) قال ذلك ابن عبد الحكم في المختصر ، انظر: النوادر: ١١/١٧٤.

بمال، والهبة والميراث لا بد في مقابلتهما، فهذا الوصف لا يصح، والمعنى في الأصل إذا سلمنا على الرواية الأخرى هو أن الهبة لا يقابلها عوض وإنما هو ثواب، والثواب لا يقوم، والميراث كذلك، فلذلك لا تثبت فيها الشفعة وليس كذلك في مسألتنا، لأن البضع يقابل مالا بعوض يقبل الشفعة، ويقوم البضع بمهر المثل وكذلك المنافع بأجرة المثل وكذلك الصلح عن دم العمد والخطأ وجميع ما ذكرناه.

❊ **فإن قالوا:** فيمكن أن يقوم الموهوب.

⚜ **والجواب:** هو أنا قد قلنا أن الشفعة تثبت فيه على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله تعالى، فلم يصح ما قالوه، ولأن الموهوب والموروث لا يثبت فيهما الرد بالعيب، وفي الشفعة بخلاف ذلك، فهو بالبيع أشبه.

❊ **قالوا:** ولأنه مهر فلا يثبت فيه الشفعة أصله الحمام وما لا ينقسم.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن المهر يجب أن يكون سواء في الشفعة كما كانا سواء في الرد بالبيع فإنه من أحكام البيع وإزالة الضرر عن المال.

وأما الأصل فغير مسلم؛ لأن الرواية اختلفت عن مالك رحمه الله تعالى: فروي عنه أنه قال: الشفعة فيه، وهو الصحيح من الروايتين، فلم يصح ما قالوه على هذا الوجه.

ولو سلمنا؛ فالمعنى في ذلك أنه مما ينقسم لأجل الضرر الذي يلحق الشركاء بذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا ضرر فيه فأشبه ما ذكروه.

❊ **قالوا:** ولأن البضع لا يقوم على الشفيع لأنه ليس بزوج ولا له شبهة زوجية، فتقويم البضع على من هذا صفته لا يجوز.

❁ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع مثل ذلك، ألا ترى أن الثوب لا يقوم على متلف |[٢٢٨ب] أو من له يد عليه مثل الغاصب والقابض على وجه السوم ثم قومناه على الشفيع وليس بمتلف ولا له عليه يد، وكذلك الحر أيضا فإنه لا يباع ولا يعاوض بالثمن إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر، قوم على الجاني تقويم العبد ليعلم به الجاني ما يلزم من دمه، فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص[(١)].

وقال الشافعي: تؤخذ بمهر المثل[(٢)].

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فسامحه بأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف، كنا قد خففنا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر ما عاوضت عليه، وقد تكون قيمة الشقص ألفا ومهر المثل مائة، فلو جعلنا للشفيع الشقص بمائة وهو يساوي ألفا كنا قد خففنا على المرأة، لأن الزوج يقول إنما لم أصدقها من هذا الشقص على أنه يقدر بمهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص لا غير ذلك.

فَصْلٌ

ويؤخذ الشقص في الصلح من دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية[(٣)].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٤٧.

(٢) انظر: المهذب: ٣/٤٥٦.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٢٤٧.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الواجب بالعمد القود ، وإنما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود وليس كذلك في الخطأ ، لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها .

فَصْلٌ

وجه القول في الهبة والصدقة أنه لا شفعة فيه ، لأنه انتقال ملك بغير عوض ، فلا يجوز أخذ الشفعة فيه أصله الميراث ، ووجه القول أن الشفعة فيهما ، هو أنه انتقال ملك باختيار المالك ، فكانت فيه الشفعة أصله البيع[1] .

ولو باع صفقة واحدة شقصا تجب فيه الشفعة ومعه عروض أو حيوان ، فللشفيع الأخذ بشفعته بحصتها من الثمن ، وليس للمشتري أن يقول لا أدعك تفرق علي الصفقة[2] .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة له فيه ، والمشتري دخل على تفريق الصفقة فلا يلزم الشفيع ذلك .

فَصْلٌ

ولو اشترى أشقاصا شفيعها واحد ، فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها وترك البقية ، لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري ، وذلك بخلاف المسألة الأولى[3] .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الحق |[٢٢٩أ] له في الجميع فهو المختار لتبعيض الصفقة على المشتري فلا يترك وذلك . فإما أن يأخذ الكل وإما أن يترك ذلك .

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٤٦.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٣ ـ المدونة: ٤/٢٢٢ ـ التفريع: ٢/٣٠٠.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٢١٩ ـ التفريع: ٢/٣٠٠.

فَصْلٌ

ولو باع شقصا من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلّم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أخذ الجميع أو الترك[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن الباقين إذا تركوا حصل الشقص، كأنه ليس له إلا شفيع واحد، فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك لا غير ذلك.

فَصْلٌ

ولو كان بعض الشركاء حاضرا وبعضهم غائبا، فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك. وإنما قلنا ذلك، لأن تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشتري، وهو ممن له في الشفعة حق. فأما إن يأخذ الكل وقَدِم الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا[2].

وإنما قلنا ذلك، لأن أخذهما الشفعة للجميع إنما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه.

مسألة:

عندنا أن الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع مالم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، وإن كان غائبا فلا تنقطع شفعته، ولو طالت غيبته ما طالت[3].

وإن كان حاضرا فقد اختلفت الرواية عن مالك:

فروي عنه أنه قال: لا حد في بطلان الشفعة من المدة.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٤ ـ المدونة: ٢/٢١٩ ـ التفريع: ٢/٣٠١.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٤ ـ المدونة: ٤/٢٢٢ ـ التفريع: ٢/٣٠١.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٥ ـ المدونة: ٤/٢٢٩ ـ

وروي عنه أنه قال: ينتظر بذلك سنة ولا شفعة له بعد ذلك[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة على الفور، فإن ترك ذلك سقط حقه منها[2].

واختلف قول الشافعي رحمه الله على ثلاثة أقوال، والصحيح من أقواله: أنها على الفور مثل أبي حنيفة.

والثاني: أنه إلى ثلاثة أيام.

والثالث: هو أن له ذلك أبدا مالم يصرح بالترك[3].

ودليلنا ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الشفعة فيما لم يقسم»[4]. ولم يخص وقتا من وقت، فكان له المطالبة بها أي وقت شاء، أصله سائر حقوقه. ولا يلزم عليه إذا علم منه ترك ذلك؛ لأنا نعلم أن ذلك ليس بحق له، ولأنه حق فيه استيفاء مال لم يكن فيه تفريط ولا تدليس، فلم تجب المطالبة به على الفور أصله سائر ديونه، ولا يلزم عليه الرد بالعيب، لأنا قلنا لم يكن في تفريط ولا تدليس.

واستدلال في المسألة، وذلك أن في أخذ الشفعة على الفور ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم بذلك ولم يحصل له الثمن ولا باع ما يحصل الثمن من جهته، فيؤدي ذلك إلى تفويت ما وجب له أخذه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وقد يكون أيضا المشتري قد بنى وغرس |[٢٢٩ب] وعمر فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه، فلا يجوز أن يثبت حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضي تفويته

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢١٧ ـ النوادر: ١١/١٨٥ ـ التفريع: ٢/٣٠١.

(٢) انظر: الحجة: ٣/٩٢ ـ مختصر الطحاوي: ١٢١.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٤٥٦.

(٤) تقدم تخريجه.

إياه، فلذلك قلنا لا يكون على الفور.

❊ **واحتج** بما روي عن النبي ﷺ قال: «الشفعة كنشطة العقال، إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها»[1]، قالوا وهذا يدل على أن ذلك على الفور.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر غير معروف عند أصحاب الحديث، فلا يجوز الاحتجاج به بما لم يصح عندهم، ولو صح لم يكن فيه دليل على أن ذلك على الفور، لأنه قال: «فاللوم على من تركها»، وعندنا أنه إذا تركها أو علم منه ذلك فلا شفعة له فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: وروي أن النبي ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها»[2].

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الخبر متروك الظاهر. ألا ترى أن الغائب ينتظر وإن كان لا يقدر على التواثب إليها.

والثاني: هو أن هذا قد واثبها لأنه طالب بها، والمواثبة قد تكون إلى الشيء في الحال وقد تكون على التراخي، لأن من له حق ثابت فإنه يثوب إليه متى شاء كسائر حقوقه.

❊ **قالوا**: ولأنه ترك الأخذ بالشفعة مع الإمكان من غير عذر، فوجب أن

---

(١) هذا الحديث ذكره ابن حزم في المحلى وحكم عليه بالوضع، ثم ساق حديثا عقبه بلفظ آخر، هو ما ر واه من طريق البزار قال نا محمد بن المثنى نا محمد بن الحارث نا محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى الله ورسوله والناس على شروطهم ما وافقوا الحق». المحلى: ٩/ ٩١، وانظر: كلام ابن الملقن في البدر المنير على هذا الحديث. ٧/ ١٥.

(٢) هو حديث موقوف على شريح، رواه عبد الرزاق في المصنف، باب الشفيع يأذن قبل البيع.. ٨/ ٨٣، وقال ابن حزم: «هذا لفظ فاسد لا يصح أن يضاف مثله إلى رسول الله ﷺ». المحلى: ٩/ ٩١.

تبطل شفعته. أصله إذا توانى في ذلك وطال الزمان.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم أنه ترك بل هو مطالب بذلك، وغير ممتنع أن يثيب الإنسان حق ويكون له المطالبة به متى شاء كالديون.

وأما المعنى في ذلك، وهو إذا طال ذلك فإنه يعلم أنه قصد الإضرار بالمشتري، فلذلك أسقطنا حقه في ذلك وليس كذلك في مسألتنا، لأنا لو قلنا إن ذلك على الفور، لكنا قد أسقطنا حقه منها، لأنه ربما لا يتمكن من الثمن إلا بعد أن يبيع شيئا يحصل لك ما وجب له من الشفعة، فوجب أن يكون الرفق للجميع فيما قلناه للشفيع والمشتري.

❊ **قالوا:** ولأن الأخذ بالشفعة معنى وضع له، وهو إزالة الضرر عن المال، فوجب أن تكون على الفور أصله الرد بالعيب.

[ ][1] وعندهم أنه يسقط.

والثاني: هو أنه لا يجوز اعتبار الأخذ بالشفعة بالرد بالعيب، لأن خيار الرد بالعيب إنما هو خيار في الترك أو الرد، وخيار الشفعة إنما هو في الترك أو الأخذ، فهو كأروش الجنايات والمطالبة بالديون |[٢٣٠أ] أشبه منه بالرد بالعيب.

(والثالث)[2]: هو أن الشفيع ملك أن يملك، والرد بالعيب قد ملك الجزء الغائب بالعيب وقد يقدم وجوبه باستحقاق ما يقابله من الثمن، فلذلك قلنا إن له إما أن يأخذه في الحال وإما أن يترك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولو قلنا على التراخي لكان على المشتري في ذلك غاية الضرر،

---

(١) الظاهر أن فيه سقط بالأصل بحسب مقتضى السياق.

(٢) في الأصل: «والثاني».

لأنه ليس من ملكه على ثقة، لأنه لا يدري هل يستقر له فيتصرف فيه تصرف المالك أو يأخذ الشفيع بالشفعة، والشفعة إنما تراد لإزالة الضرر.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا ينقلب عليكم؛ لأنا لو قلنا إنها أيضا على الفور لأدى ذلك إلى الضرر بالشفعة، لأنه ربما لا يتمكن في الحال من الثمن حتى يبيع ويحصل الثمن، فإذا كان ولا بد من إزالة الضرر عنهما جميعا وجب أن يكون ذلك إلى مدة حتى لا (يتضرر)[1] الجميع.

والثاني: هو أن عندنا إذا طال ذلك فإن للمشتري أن يرفع أمره للحاكم حتى يوقف له الشفيع، فإما أخذ وإلا ترك، فإن لم يفعل ذلك فهو الذي أضر بنفسه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

والغائب لا تنقطع شفعته[2].

وإنما قلنا ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «وينتظر بها إذا كان غائبا»[3] ولأنه معذور، ولأن المطالبة بها لا تصح مع غيبته فكان لذلك عذره ظاهرا.

فَصْلٌ

فأما وجه ما قاله مالك رحمه الله، فإنه ينتظر بذلك سنة إذا كان حاضرا: فلأن السنة أول الآجال لأنها لا تجمع ما يتراخى معه العلل في الصبر والإمهال، وقد جعل ذلك حدا في الشريعة فلذلك قال ذلك.

ووجه التأبيد قوله عليه السلام: «الشريك أحق بسقبه»[4] ولم يعلق ذلك بمدة،

---

(١) في الأصل: «يستضر».

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٢ ـ المدونة: ٤/٢٢٩ ـ النوادر: ١١/١٨٧ ـ التفريع: ٢/٣٠١.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، ر: ٢٤٩٨، ٢/٨٣٤. وورد عند البخاري بلفظ: «الجار أحق بسقبه» وقد تقدم تخريجه.

ولأنه استيفاء مال فلم يبطل ترك المطالبة ، أصله أروش الجنايات .

فَصْلٌ

ولو وهب الشفيع شفعته قبل وجوبها له لم يلزمه ذلك[1] .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه غير ما لك لها ، ومن وهب ما لا يملكه لا تصح هبته ، أصله إذا قال وهبت منك عبد زيد أو ثوبه فلا يلزم فكذلك ههنا مثله .

فَصْلٌ

وإذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمته ذلك العرض ، فإن كان طعاما أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به ، وإن كان مماله مثل لزم الشفيع مثله ، وإلا فقيمته تقوم مقام المثل عند تعذره[2] .

مسألة :

عندنا أن الشفعة بين الشركاء على قدر الحصص ، فيأخذ كل واحد من الشركاء من المبيع بقدر ملكه[3] .

وبه قال الشافعي : في أحد قوليه[4] .

|[٢٣٠ ب] وقال أبو حنيفة : تستحق على قدر الرؤوس[5] .

---

(١) انظر : التفريع : ٢/٣٠١ .

(٢) انظر : التفريع : ٢/٣٠٢ .

(٣) انظر : الموطأ : ٢/٢٥٢ ـ المدونة : ٢/٢١٥ ـ التفريع : ٢/٢٩٩ .

(٤) انظر : الأم : ٥/٦ ـ المهذب : ٣/٤٦٣ .

(٥) الحجة : ٣/٨٥ .

ودليلنا: أن الشفعة حق يستفاد بالملك، أو يستحق بسبب التملك، فوجب أن يكون معتبرا على قدر الأملاك. أصله ثمرة البستان وأجرة الدكان.

❊ **قالوا**: لا نسلم؛ وذلك أن الملك هو السبب في استحقاق الشفعة، وإنما استحقت لأجل الضرر الذي يلحقه في ذلك على الدوام.

❊ **قالوا**: والذي يدل على ذلك، هو أن الملك باق قبل البيع ثم لا يثبت له الشفعة حتى يوجد البيع، ألا ترى أن الملك حاصل في المنقولات ثم لا شفعة فيها.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الملك سبب فيها، بدليل أن ذلك لا يثبت بينه وبين الأباعد، ومن في البلد تأخر عن ملكه لا شفعة له، وقد يكون السبب الغلة مرة ويكون ما يتوصل به إلى الغلة ويكون ذلك شرطا في الحكم، والكل يسمى سببا.

والثاني: هو أن الملك سبب في استحقاق الشفعة، ولولا ذلك لما استحقها فلم يصح ما قالوه أنها إنما ثبتت لأجل الضرورة على الدوام، فإن ذلك غير صحيح، لأنه يجوز أن يكون الملك سببا ويقف الاستحقاق على معنى آخر، وهذا كما قلناه في البيع شرط الخيار أن لا ينتقل الملك بنفسه حتى تنقضي المدة، ثم لا يخرج البيع أن يكون سببا في انتقال الملك، وكذلك وقت دخول الصلاة سبب، وإن كان يفتقر إلى شرائط أخرى من الطهارة والسترة.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، هو أن طلب المالك التمليك لا يجوز أن يستحق جميع الثمرة بحال لأجل ملكه، فلذلك قلنا إن الثمرة تقسم على قدر الأملاك، وليس كذلك في مسألتنا، فإن صاحب المال القليل في الشفعة يجوز أن يستحق جميع المبيع بأن تكون الدار لنصيبين، لأحدهما سدسها، والآخر

خمس أسداسها فينتفع صاحب الكثير بنصيبه، فإن كان صاحب القليل يأخذ الجميع وفي الثمرة والأجرة بخلاف ذلك.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه ليس إذا زاحمه غيره لا ينقسم على قدر المال، ألا ترى أن الرجالة إذا انفردوا في الحرب وغلبوا الكفار استحقوا الغنيمة ولو زاحمهم فيها الفرسان، فإنا نعطي كل فارس ثلاثة أسهم ولكل واحد سهما، وإن كان عندهم للفارس سهمان وللراجل سهم، وكذلك الأخت أيضا من الأب إذا انفردت أخذت النصف، فلو اجتمعت مع الأخت الأب والأم أخذت السدس تكملة للثلثين، وكذلك إذا كانا غريمين لأحدهما ألفان وللآخر ألفان، والتركة ألف واحدة، |[٢٣١أ] فلو انفرد صاحب الألف أخذ الجميع، فإذا زاحم الآخر أخذ ثلثها ويعطي الآخر الثلثين فكذلك في مسألتنا.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، وهو الثمرة والزرع إنما كانا كذلك على قدر المال، لأنه نما المال والأجرة بدل المنفعة، وكان ذلك على قدر ما يملكه كل واحد منهما، وليس كذلك الشفعة، ولأنها إنما وجبت لإزالة الضرر فوجب أن يستويا في ذلك.

❁ **والجواب**: هو وإن لم يكن نما ملك ولا هو بدل عنه إلا أن يملكه سبب في استحقاق ذلك.

❊ **قالوا**: المعنى في الأصل، وهو الثمرة والأجرة إنما استحقاق بقدر الأملاك، فلذلك كانت مستوية عليه وليس كذلك في مسألتنا، لأن الشفعة تستحق بأصل الملك، وصاحب القليل كصاحب الكثير في أصل الملك، يدل عليه أن صاحب الكثير إذا عفا عن الأخذ بالشفعة جاز لصاحب القليل أخذ الجميع.

❁ **والجواب**: هو أن هذا ينكسر بالرجالة مع الفرسان، والأخت من الأب مع الأخت للأب والأم وكذلك مسألة الدين فلم يصح ما قالوه.

وقياس آخر: وهو أنهما شخصان فلو انفرد كل واحد منهما استحق جميع المال، فإذا تزاحما كان المال بينهما مقسوما على قدر ماليهما، أصله إذا مات رجل وعليه ألف لرجل وألف وخمسمائة للآخر، وخلف الميت ألفا، فإن كل واحد من هؤلاء الغرماء إذا انفرد أخذ جميع المال، ثم لما تزاحما أخذ صاحب الأكثر أكثرها وصاحب الأقل أقلها كذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أنهما شخصان تفاوتا في سبب استحقاق الملك أصله الأخت من الأب والأم مع الأخت لأب، ولا يلزم الاثنان لأنهما تساويا في السبب، ولا يلزم إذا قام رجل على رجل شاهدين بحق وأقام الآخر عليه شهودا فإنهما متساويان، لأن الشهادة ليست سبب الاستحقاق، والحق ثابت قبل الشهادة.

وقياس آخر: وهو أنهما شفيعان فوجب أن تكون الشفعة على قدر ملكيهما، أصله إذا تساويا في الملك.

واستدلال، وذلك أن الشفعة إنما تثبت لما يلحق الشريك من الضرر في القسمة ومؤنتها، وذلك مثل نقصان قيمة نصيبه إذا قسم وتقدم أجرة القسام واستحداث مرافق أخرى لم تكن وزيادة مؤنة، فوجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك المالك لا على قدر الرؤوس، وإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن تستحق بقدر الملك، لأن هذا الضرر إذا وجد سقط بحسب الملك، وكذلك إذا رفع.

ولأن اختصاص الشفعة بالملك أكثر من اختصاص الثمرة، لأن الثمرة

|[٢٣١ ب] قد يستحقها من لا يكون مالكا لرقبة الشجرة وهو الموصى له بالثمرة، وقد ثبت أن الثمرة تستحق على قدر الأملاك، فأولى أن تكون ذلك في الشفعة التي لا تستحق إلا بالملك أو على قدر الأملاك، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

واستدلال في المسألة: وذلك أن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة، الدليل عليه الربح في التجارة وغير ذلك، فكذلك في مسألتنا يجب أن تكون مثله.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»[١].

❊ **قالوا:** وهذا يفيد أن من كان دارا بدارين أو دار بدار واحدة، فإنهما يتساويان في ذلك بدليل أن الإضافة وقعت على وجه واحدة.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الحديث يفيد أن الجار أحق من غيره، فأما أن يكون به أحق فليس فيه.

❊ **قالوا:** ولأنهما شخصان لو انفرد كل واحد منهما أخذ جميع الملك بالشفعة، فإذا تزاحما وجب أن يكون الشقص بينهما بالسوية أصله إذا تساويا في الملك.

⚜ **والجواب:** هو أنا نقلب فنقول فوجب أن يكون الشقص بينهما على قدر ملكيهما أصله ما ذكرتم، والثاني: هو أنه يبطل بالرجالة مع الفرسان في الغنيمة، فإن الرجالة لو انفردوا أخذوا جميع ذلك، ثم إذا زاحمهم الفرسان تفاضلا، وتبطل بالأخت من الأب مع الأخت بالأب والأم، فإنها إذا انفردت أخذت النصف، وإذا زاحمتها الأخت من قبل الأب والأم أخذت السدس، ويبطل بالغريمين على ما ذكرنا.

---

(١) تقدم تخريجه.

وعلى أن المعنى في الأصل إنما تساويا في الملك فلذلك كان بينهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأنهما تفاوتا في الملك، ولأن العين في ذلك أن ذلك التساوي لكان بين شخصين في الثمرة والأجرة كان بينهما نصفين بالسوية، فكذلك في الشفعة مثله.

❊ **قالوا:** ولأنهما شخصان لو انفرد كل واحد منهما أخذ جميع المال بالغا ما بلغ بسبب واحد، فإذا اجتمعا كان المال بينهما بالسوية أصله الابنين في الميراث.

❊ **قالوا:** ولا يلزم عليه الأب مع الابن، فإنه إذا انفرد كل واحد منهما أخذ جميع المال، فإذا اجتمعا أخذ الأب السدس والأب الباقي، لأنا قلنا بسبب واحد، وهناك يأخذ أحدهما بالأبوة والأخرى بالبنوة فهما سببان مختلفان.

❊ **والجواب:** هو يلزم عليه الرجالة مع الفرسان والأخت من قبل الأب والأم مع الأخت لأم. والمعنى في الأصل أنهما تساويا في النسب وهو البنوة فلذلك تساويا في المال، |[٢٣٢أ] وليس كذلك الشفيعين، فإنهما اختلفا في الملك الذي هو سبب استحقاق الشفعة، فصار وزان مسألتنا من الميراث الأخت من الأب مع الأخت من الأب والأم، ولما استحقا بالأخوة وتفاضلا فيها فعند التزاحم لم يتساويا في الميراث، وتشبه مسألتنا بالأخوة أولى من شبهها بالبنوة التي لا تتزايد.

❊ **قالوا:** ولأن الشفعة إنما تستحق بأصل الملك لا بقدر [الملاك][1] وصاحب القليل كصاحب الكثير في أصل الملك، بدليل حال الانفراد إذا كان مع صاحب الكثير.

---

(١) ساقط من الأصل، والمثبت من الإشراف: ٢/٦٣٣.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالرجالة في الغنيمة مع الفرسان، فإنهم انفردوا وكان لهم ذلك لأنهم ملكوا ذلك وعند تزاحم الفرسان لا يكون لهم ذلك، كذلك عند الانفراد يجوز أن يملك الكل وعند التزاحم لا يأخذ السدس تكملة للثلثين، وكذلك الغريمين لو اجتمعا في تركة رجل فأقام أحدهما شاهدين وأقام الآخر أربعة شهود، فإن زيادة الشهود الأخر لا يؤثران، بل يكونان سواء في الاستحقاق، فكذلك في الشفعة وجب أن يكون مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الفرسان مع الرجالة والأختين والغريمين، وأما الشهادة فليست سبب للملك، وإنما يعرف الحاكم وغيره تثبت الملك والاستحقاق فلذلك لا توثر الزيادة في ذلك بخلاف الشفعة فإنها تستحق بسبب الملك وقد اختلفا في ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الشفعة إنما معنى وضع لإزالة الضرر عن المال كاختلاف الشريكين في الملك لا يوجب المخالفة بينهما في الاستحقاق، أصله إذا كان عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه فأعتق صاحب الثلث وصاحب السدس نصيبهما منه، فإنه يلزمه قيمة نصيب الشريك الثالث وتكون الغنيمة عليهما بالتسوية.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا هو الحجة عليكم؛ لأن صاحب النصف لو أعتق نصيبه فإنه لا يقوم لكل واحد منهما إلا قدر ملكه من العبد، فكذلك في مسألتنا في الشفعة، يجب أن تكون مثل ذلك، لأن البائع من الشركاء نصيبه مثل هذا المعتق نصف عبده، وأما المعتقين فعليهما قيمة نصيب شريكهما بالتسوية لأنهما متلفان، لأن كل واحد منهما وجد منه الإتلاف والسراية في جميع ملك صاحبهما، فكان ذلك بمنزلة الجراحات من واحد جراحة ومن أحد جراحات، واتصل بذلك الهلاك فإن الجانبين في الضمان سواء، لأن كل واحد من

الجراحات يجوز أن يكون قاتله فلذلك يتساويا في ذلك، والشفعة بخلاف ذلك، لأنها مستحقة بسبب الملك، والأملاك مختلفة فاختلفا في أخذ ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنهما استويا في أصل الملك، |[٢٣٢ب] فإذا تداعيا الاستحقاق وجب أن يكونا سواء، أصله الجارية بين الشريكين لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وادعى كل واحد منهما أنه أحبلها وهي أم ولد له فإنهما يتساويان في الدعوى ولا يفضل أحدهما على الآخر، فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه ما ذكرناه من المسائل، وهم الرجالة مع الفرسان والأخت من قبل الأب مع الأخت من قبل الأب والأم والفرسان. وأما الإحبال فإن ذلك إتلاف يسري إلى جميع ملك شريكه كما ذكرناه في الجنايات.

❊ **قالوا**: ولأن الشفعة إنما وجبت لأجل الضرر ولما يلحق الشريك من الأذى على الدوام وصاحب القليل في ذلك والكثير سواء.

⚜ **والجواب**: هو أنه ليس كما ذكرتم، وإنما جوزت الشفعة لأجل ما يلحق الشريك بالقسمة وإحداث المرافق، والثاني هو أنهما وإن كانا قد تساويا في باب الضرر إلا أنهما قد اختلفا في الملك الذي يستحق بالشفعة، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

فَصْلٌ

والشفعة بين أهل الميراث عل قدر سهامهم: فمن باع (أصل)[1] سهم منهم، فشركاؤه في ذلك السهم أحق بالشفعة من باقي الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أصل سهم وعصبة، فباع بعض العصبة حقه، فالشفعة لبقية

---

(١) في الأصل: «من أهل»، والمثبت من المعونة: ٢/١٢٧٠.

العصبة ولأهل السهام جميعا، ولو باع بعض أهل سهم حقهم، كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة[1].

ومثال ذلك: أن يترك ميت جدتين وأختين لأم وأخوة لأب وله ستة أسهم من اثني عشر سهما من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس، فالجدة الأخرى أحق من جميع الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعا فالشفعة لباقي الورثة، وإن باع أحد الأخوين لأم حصته، فالشفعة بين بقية الإخوة لأب وبين باقي أهل الميراث، فلو كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الورثة: لأن الشافعي وأبا حنيفة رحمهما الله يخالفان في ذلك[2].

لما روي أن رسول الله ﷺ قال «الشفعة في كل شريك»[3]، والسهم نوع من الشرك، فوجب الشفعة فيه، ولأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه أصله الشركة في العقار.

وإنما قلنا إلى أهل بقية السهم أولى من العصبة؛ لأنهم أخص منهم بالشركة وآكد أمرا، |[٢٣٣أ] لأن سهمهم معلوم مقدر. وإنما قلنا ذلك؛ لأن أهل السهام يشاركون العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم.

وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة شافعوا بينهم؛ لأنهم أهل ميراث واحد كأهل سهم واحد.

---

(١) انظر: المدونة: ٢١٣/٤ وما بعدها ـ النوادر: ١٥٠/١١ ـ التفريع: ٢٩٩/٢.

(٢) انظر: الحجة: ٨٣/٣ ـ مختصر الطحاوي: ١٢١ ـ الأم: ٦/٥ ـ المهذب: ٤٦٣/٣.

(٣) تقدم تخريجه.

مسألة:

اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله عليه في الشفعة فيما لا يقسم، مثل الحمام والبئر والرحى والرحبة والطريق:

فروي عنه أنه لا شفعة فيه(١).

وبه قال الشافعي رحمه الله(٢).

وروي عنه أنه أن الشفعة في جميع ذلك(٣).

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى(٤).

والدليل على أن فيه الشفعة؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في كل شركة ربع أو حائط»(٥). والربع الدار والحائط البستان.

وروى عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ: «قال الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»(٦).

وهذا عموم قد علم أن الدليل على أن الشفعة لا تجب في المنقولات، بقي الباقي على ظاهره. والقياس: هو أنه عقار فثبتت فيه الشفعة أصله ما يقبل القسمة.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٥ ـ المدونة: ٤/٢٤٠.

(٢) انظر: الأم: ٥/٧، ٨ ـ المهذب: ٣/٤٤٨.

(٣) انظر: انظر: المدونة: ٤/٢٤٠ ـ النوادر: ١١/١١٥.

(٤) انظر: الحجة: ٣/٩٠ ـ المبسوط: ١٤/١٣٥.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع، ر: ١٣٧١، ٣/٦٤٥، والدار قطني في السنن، باب الشفعة ر: ٢١٢٠، ٥/٣٩٥، والبيهقي في الكبرى، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول ٦/١٠٩، كلهم من طريق أبي حمزة السكري عن ابن عباس، والحديث لا يثبت موصولا، وإنما رواه شعبة وغيره عن عبد العزيز مرسلا..». انظر الدارقطني في السنن: ٥/٣٩٥.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه لا يلحقه بذلك ضرر، فلذلك ثبتت فيه الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا لأن عليه بذلك ضرر.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن في إسقاط الشفعة أيضا عن هذا أشد ضررا، لأنه يدخل عليه ولم يعلم عسرته ولا صحته، فكان الشريك أولى بإزالة الضرر عنه فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنه يلحقه الضرر على الدوام فتثبت له الشفعة أصله ما يقبل القسمة، ولا يلزم عليه الجار والملاصق، لأنه لا ضرر عليه من جهته، لأنه يغلق بابه في وجهه وههنا صباحه ومساؤه فوجب أن يقبل منه، فوجب أن يستحق الشفعة لإزالة الضرر عنه.

وقياس آخر: وهو أنه معنى وضع لإزالة الضرر عن المال، فاستوى فيه ما ينقسم وما لا ينقسم أصله الرد بالعيب.

❊ **قالوا:** ولأن المعنى في الرد بالعيب ثبت في الجواهر وسائر المبيعات وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أنا نجيز الشفعة في الموضع الذي يمكن فيه إزالة الضرر، ويرد ذلك في الموضع الذي لا يقبل ذلك، وأما الجواهر والثياب، فإن تلك أموال لا تقبل الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذا العقار مما يقبل الشفعة فوجب أن يثبت ذلك لمن يوجب له، ألا ترى أنهما لو تراضيا على قسمة هذا الحمام أو هذا الرحى لجاز ذلك، ولم يكن لأحد اعتراض عليهما في ذلك، ولو تراضيا على قسمة الجوهرة واللؤلؤة لم يجز ذلك، وكانا سفيهين في ذلك فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أن الشفعة ||[٢٣٣ب] سبب يملك به ما ينقسم فملك به

ما لا ينقسم، أصله البيع والهبة وغير ذلك.

❊ **قالوا:** المعنى في البيع أنه يملك به سائر المنقولات وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أنما كان كذلك؛ لأنها أعيان لا تقبل الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن هذه أعيان تقبل الشفعة، بدليل أنهما لو تراضيا على قسمة ذلك جاز وإن كان عليهما في ذلك ضرر فلم يصح ما قالوه من ذلك.

ولأن الأموال على ضربين: منقول وغير منقول، وقد ثبت أن الشفعة لا تثبت في المنقولات سواء كانت مما يمكن قسمتها أو لا يمكن قسمتها، فيجب أن يكون ما لا ينقل يستوي فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها في وجوب الشفعة فيه، وتحريره أنه أحد نوعي الأموال، فوجب أن يستوي فيه ما ينقسم وما لا ينقسم في باب الشفعة، أصله المنقولات في أن الشفعة لا تستحق في شيء من ذلك.

❊ **قالوا:** إنما استويا في ذلك لأنه لا ضرر فيه.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنهما لو تراضيا على قسمة ذلك جاز، وإن كنا نعلم أن عليهما في ذلك ضرر، فإذا كان كذلك جاز مراعاة الشريك الذي لم يدخل عليه الضرر مع الدوام أولى من مراعاة غيره فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[1].

❊ **قالوا:** فوجه الدليل منه أنه عليه السلام؛ جعل حبس الشفعة فيما ينقسم، فلم

---

(١) تقدم تخريجه.

يبق شفعة تتعلق بما لا يتقسم، لأنه عليه السلام قال «إذا وقعت الحدود فلا شفعة» فعلم أن الشفعة فيما ينقسم.

❁ **والجواب**: هو أن هذا الخبر حجة عليكم؛ لأنه عليه السلام أثبتها فيما لم يقسم، والرحى والحمام لم يقسما، وجميع ذلك مما تتأتى فيه القسمة الشرعية، بدليل أنهما لو تراضيا على ذلك صح ولم يبعها الحاكم منه، وبمثله لو تراضا على قسمة الجوهرة لمنعها الحاكم من ذلك وحجر عليهما.

❊ **قالوا**: وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل نخل»[1].

❁ **والجواب**: هو أنه غير ثابت عنه؛ ولو صح قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى، ويجوز أن يكون هذا مذهبا له ونحمله على الاستحباب بدليل ما ذكرناه.

❊ **قالوا**: ولأنما لا يجب فيه القسمة إذا طولب بما لا يثبت فيه الشفعة أصله الجواهر واللآلئ.

❁ **والجواب**: هو أنا لا نسلم الفرع؛ لأن عندنا يجوز فيه القسمة فلم يصح ما قالوه، لأنهما لو تراضيا |[٢٣٤أ] على ذلك كان لهما من غير اعتراض عليهما. فأما النخلة والشجرة، فإن كانت معها عرصة جازت القسمة وجازت الشفعة، لأن مالكا رحمه الله قد روي عنه أنه قال: الشفعة ثابتة في النخلة الواحدة والنخلات،

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة، ر: ٢٠٩٥، ٢/٢٥٦، والبيهقي في الكبرى، باب الشفعة فيما لم يقسم، ٦/١٠٥، والحديث موقوف على سيدنا عثمان بن عفان، وقال الدار قطني في العلل: «يرويه محمد بن عمارة بن عمرو بن حزم، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان. قاله صفوان بن عيسى، وابن إدريس عنه. ورواه مالك، عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن حزم، عن عثمان، ولم يذكر أبان وكلهم وقفوه. ورواه يزيد بن عياض، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم. والموقوف أصح، ويزيد بن عياض ضعيف. العلل: ٣/١٤، ١٥.

فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

مسألة:

والأخذ بالشفعة جائز من غير حكم حاكم ومن غير تراضي[1].

وبه قال الشافعي رحمه الله[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصح إلا بحكم الحاكم[3].

ولأن التراضي أصله الرد بالعيب، ولأنه ملك قضى له به الشرع، فلا يفتقر إلى حكم حاكم، أصله سائر الممتلكات.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه أخذ بالشفعة فلم يصح من غير تراض، أصله أخذ الدار بالجوار.

❊ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك أنه مختلف فيه، فلذلك افتقر إلى حكم حاكم ليقطع الخصومة وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا خيار الشفعة موروث ولا يبطل بالموت وينتقل إلى الورثة[4].

وبه قال الشافعي[5].

(١) انظر: عقد الجواهر: ٧٦٥/٢.
(٢) انظر: المهذب: ٤٦٦/٣.
(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٢٣/٥.
(٤) انظر: الموطأ: ٢٥٢/٢ ـ المدونة: ٢٢٨/٤.
(٥) انظر: المهذب: ٤٦٧/٣.

وقال أبو حنيفة: رحمه الله الشفعة تبطل بالموت ولا تورث[1].

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من ترك مالا فلورثته»[2]، وهذا من جملة الحقوق فكان لورثته.

❊ **قالوا:** فقد روى مالا وهذا ليس بمال.

⚜ **والجواب:** هو وإن لم يكن مالا إلا أنه في معنى المال؛ لأنه قد قال حق، وهذا حق من حقوقه فكان لورثته.

والقياس هو أنه خيار ثابت لرفع الضرر عن المال، فكان موروثا أصله خيار الرد بالعيب. ولا يلزم عليه خيار الإقالة، لأنا قلنا ثابث، وذلك ليس بثابت، لأن لصاحبه إبطاله عليه.

وقياس آخر: وهو أنه حق مستفاد بالملك، فجاز أن يكون موروثا أصله ثمرة النخلة ونماء البقرة وخدمة العبد. ولأن الموت معنى يزيل التكليف، فلا يبطل خيار الشفعة أصله الجنون والإغماء.

❊ **قالوا:** نقلب فنقول، فوجب أن لا يقبل الخيار إلى الورثة أصله ما ذكرتم.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه قبل الموت لا يقع عليه اسم وارث، وإنما مال ذلك مجاز فلم يصح الحكم في الأصل، ويبطل بالرد بالعيب، فإن الجنون لا ينتقل إلى الوارث وبالموت ينتقل إليه.

❊ **قالوا:** المعنى في الجنون أنه لا يبطل خيار الرجوع في الهبة وبالموت يبطل.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ١٢٣ ـ مختصر القدوري: ٢/١١٣.

(٢) أخرجه البخاري في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دينا، ر: ٢٣٩٨، ٢/١٧٤، ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته، ر: ١٦١٩، ٦٦٠.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، لأن الورثة لهم المطالبة بذلك كما كانت لموروثهم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر وهو أنه حق يثبت للشريك بخروج ||[٢٣٤ب] بعض الشركاء من الشفعة، فوجب أن لا يبطل حق الشريك الذي يثبت له بموته، أصله إذا كان عبدا بين ثلاثة فأعتق أحدهم نصيبه، فإنه يجب التقويم للباقين، وإذا مات أحدهما لا يبطل حقه من التقويم فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **فإن قالوا**: التقويم يوجب مالا للشريك، والأموال تورث، وليس كذلك خيار الشفعة، فإنه غير مؤول ولا يؤول إلى مال، وما لا يكون مالا ولا يؤول إلى مال لا يجوز أن يورث.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بحبس الرهن للدين، فإنه خيار لا مال فيه ولا يؤول إلى مال، ومع ذلك فإنه يورث فبطل ما قالوه،

وقد قيل إن الشفعة تفتقر إلى شقصين: شقص يؤخذ به وشقص يؤخذ، وقد ثبت أن ملك مالك الشقص الذي يؤخذ لا يبطل الشفعة، فكذلك موت المشتري بمالك الشقص الذي يؤخذ به، وتحريره أنه موت مالك أحد الشقصين، فلا تبطل الشفعة أصله موت المشتري. أو لأنه انتقال الملك في أخذ الشقص إلى الوارث لا تبطل الشفعة، أصله موت المشتري.

ولأن من ورث مالا ورثه بحقوقه، أصله إذا ورث دارا ورث طرقها وجميع منافعها وحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه خيار يملك فوجب أن يبطل بالموت أصله خيار القبول.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بالرد بالعيب، فإنه خير يملك، ومع هذا لا

يبطل بالموت، والمعنى في الأصل أنه جار جائز غير ثابت ولا لازم، فلذلك لم يورث، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه ثابت ولازم فهو بالرد بالعيب أشبه منه، وخيار القبول مشتبه بالشركة والمضاربة والوكالة وسائر العقود الجائزة، وذلك بخلاف الشفعة، والشفعة كالبيع والصلح والإجارة عنده.

❊ **قالوا:** ولأنه خيار ليس بمال ولا يؤول إلى مال ولا يورث أصله خيار اللعان.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بحبس الرهن والمبيع، فإن ذلك ليس بمال ولا يؤول إلى مال ومع ذلك يورثان. والمعنى في الأصل إنما لم يورث اللعان، لأنه مما يستند إلى الزوجية والزوجية لا تورث، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الشفعة مستفادة بالملك وهي بالرد بالعيب أشبه فافترقا.

❊ **قالوا:** ولأنه يملك بقهر، فوجب أن يبطل بالموت أصله خيار الرجوع في الهبة.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم لا في الفرع ولا في الأصل، لأن الشفعة ما أخذت بقهر وإنما أخذت بحق، وأما خيار الهبة فعندنا ذلك موروث كالشفعة سواء، فلم يصح ما قالوه ويبطل |[٢٣٥أ] بما قالوه الرد بالعيب.

❊ **قالوا:** ولأنه تجدد ملك يغير ثبوت الشفعة فلم يكن له الأخذ بالشفعة، أصله إذا وجبت له الشفعة في دار فباع نصيبه قبل أن يأخذ الشفعة لم يكن الأخذ بالشفعة، لأن ملكه طرأ بعد ثبوت الشفعة، فكذلك الوارث مثله.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأنا نقول إن الورثة يأخذون ذلك بالشفعة التي كانت للموروث بالملك الذي ورثوه، وإنما نقول إنهم، ورثوا الملك مع الشفعة التي هي من حقوق الملك فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأن هذا الوارث لا يخلوا: إما أن يكون يأخذ الشفعة لنفسه أو للميت، فإن كان لنفسه فلا يجوز، لأن الشفعة إذا ثبتت لواحد لم يقم غيره مقامه فيه، ولا يجوز أن يأخذها للميت، لأن في ذلك نقل الملك إليه وإثبات دين مبتدأ في ذمته بعد موته، وذلك لا يجوز.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الوارث إنما يأخذ ذلك لأنه حق ثبت لورثته فورثته عنه كالرد بالعيب، والله أعلم بذلك.

❖ مسألة:

عندنا إذا ثبتت الشفعة لصبي، فرأى الولي إسقاطها هو المصلحة فأسقطها، لم يكن للصبي المطالبة بها بعد البلوغ[١].

وبه قال أبو حنيفة[٢].

ومن أصحاب الشافعي من قال: إن له الرجوع بذلك إذا بلغ[٣].

ودليلنا: هو أنه خيار يملك، فملك الولي إسقاطه أصله خيار القبول، ولا يلزم عليه الرد بالعيب، لأن الولي أيضا يملك ذلك، إذا كان للصبي في ذلك حظ. ولأن من ملك المطالبة في الشفعة ملك إسقاطها أصله إذا كان الصبي بالغا، ولا يلزم عليه الوكيل، لأنه إذا وكل فوض إليه ذلك فإنه يملك جميع ذلك.

والثاني: هو أن الوكيل إنما جعل للاستيفاء، والولي جعل للحظ، فما رآه مصلحة وحظا أمضاه، ولأن الأخذ بالشفعة تجارة فيملك الولي تركها وأخذها

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢١٧ ـ شرح المدونة: ل ١٢٤ أ.
(٢) انظر: المبسوط: ١٤/١٥٥.
(٣) انظر: الحاوي الكبير: ٧/٢٧٦ ـ ٢٧٧.

أصله الشراء، لأنه لو رأى شيئا يصلح الشراء وظن أن فيه ربحا للصبي، فإنه يجوز له الشراء، ويجوز له الترك، فكذلك في مسألتنا مثله، لأنه ناظر في مصالحه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وفي ترك أخذ الشقص ضرر على الصبي فكان له الرجوع فيه.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنه قد يكون أيضا ضررا في أخذه للصبي بأن يكون لا يحتاج إليه، ويحتاج أن يزن مالا ويبيع له مالا حتى يأخذ ذلك، فيجب أن يكون ذلك إلى الولي فما رآه مصلحة فعله فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه حق ثبت للمولى عليه ضرر في إسقاطه، لأن في ذلك تفريطا، وإخراج ذلك عن يد الصبي بلا عوض، وليس كذلك في مسألتنا، |[٢٣٥ ب] لأن ههنا لا يدخل الشقص في ملك الصبي إلا لإخراج مال في مقابلته فكان ذلك إليه، كما لو رأى سلعة تباع وتصلح للصبي، فإن له شراؤها وله تركها فلم يصح ما قالوه من ذلك، ولأنه معنى وضع لإزالة الضرر عن المال فلم يملك الولي إسقاطه أصله الرد بالعيب.

❁ **والجواب**: هو أن المعنى في ذلك أنه يستدرك بذلك طلابة الصبي ولا يخرج من ماله في مقابلته شيئا فلذلك لم يملك إسقاطه، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يدخل الشقص في ملك الصبي إلا بعد زوال المال، فربما كان في ذلك ضرر ا على الصبي فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه حق جعله الله تعالى له لم (...)[2] من جهة الولي، فلا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) كامة لم أتبينها.

يملك الولي إسقاطه أصله الغنيمة.

⚜ **والجواب** عنه ما تقدم، وذلك أن في ذلك استجلاب مال بغير عوض ولا إخراج مال للصبي، وإنما أقيم لذلك فكذلك لم يسقط حقه من ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا سبيل إلى إدخال الشقص في ملكه إلا بعد زوال المال، فربما كان في ذلك ضرر على مال الصبي فلم يصح ما قالوه، ولأنه (   )[١] فكان النظر في حقه والاحتياط فيما يفعله الولي، والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع يطالب بالأخذ، فليس له أن يطالبه بقلع البناء وقلع الغرس، ولكنه مخير بين أن يأخذ ذلك بالثمن الذي وزنه به المشتري وقيمة البنيان والغراس قائما يوم أخذه، ويكون ذلك مضافا إلى الثمن وبين أن يترك[٢].

ويتصور ذلك بوجوه منها: أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع وطالبه شريكه بالبناء والغراس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فقاسمه وبنى وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائبا فأذن الحاكم للمشتري في البناء والغراس ثم جاء الشفيع بعد ذلك، هذه الوجوه التي يتصور في ذلك.

وقال الشافعي: هو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاء ترك الغراس في أرضه والبناء ويكونان للمشتري وتكون الأرض للشفيع، وإن شاء قلع وغرم له ما بين قيمته معلوما وقيمته مغروسا، وإن شاء غرم له قيمته وتركه في أرضه[٣].

---

(١) بياض في الأصل.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٣ ـ المدونة: ٤/٢٤٣ ـ شرح المدونة للمازري ل: ٢٣٣ ب.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٤٦٥، ٤٦٦.

وقال أبو حنيفة: له أن يقلع غراسه وبناءه من أرضه ولا يغرم له حبة[1].

ودليلنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[2]؛ وفي قلع بناء المشتري وغراسه الضرر التام، فوجب أن لا يجبر على أخذ ذلك إلا بدل قيمته.

|[٢٣٦أ] وروي أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[3].

وهذا ليس بعرق ظالم، فوجب أن يكون له حق.

والقياس: هو أنه غراس صادف ملكه الذي يملكه بيعه وبيع ما غرس فيه، فوجب أن لا يجبر على قلعه أصله إذا كان ذلك في الشقص الممهور.

ولا يلزم عليه غراس الواهب إذا كان ذلك يضر بالأرض وينقص منها، لأنا قلنا يملك بيعه وهناك لا يملك بيه الأرض، وإن شئت قلت: لأنه تصرف لو صادف الشقص الممهور لم يجبر على إزالته على وجه يلحقه به الضرر، فإذا صادف الشقص المبيع وجب أن لا يجبر على قلعه أصله الزرع.

❊ **قالوا**: المعنى في الزرع إنما قلنا إنه لا يقطع، لأنه لا يتأبد ضرره، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الضرر ههنا يتأبد، فوجب أن يجبر على قلع ذلك.

❊ **والجواب**: هو أنه يبطل بالغاصب فإنه يستوفي حقه الزرع والغراس فلم يصح ما قالوه.

ولأن هذا لو كان مما يجب قلعه وإزالته، لوجب أن لا يفرق الحال فيه بين ما يتأبد ضرر وبين ما لا يتأبد، كالبيع والإجارة، لأنه لما ملك الشفيع بدل ذلك، استوى فيه البيع الذي يتأبد ضرره والإجارة التي لا يتأبد ضررها.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ١٢٣ ـ ١٢٤ ـ المبسوط: ١٤/١٨٣.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

وقياس آخر: وهو أن من لا يقلع غرسه لحق الشريك أصله إذا كان ذلك في الشقص الممهور.

وقد قيل لأنه غراس لم يتعد فيه فلا يقلع بغير رضاه على وجه يلحقه فيه الضرر، أصله إذا أعاره أرضا ليغرس فيها فإنه لا يقلع غرسه قبل الملك به بغير رضاه فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: ولا يلزم الغاصب، ولأنا قلنا لا نسلم أنه غير متعد لأن غرسه صادف حق الشفيع.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا غير صحيح؛ لأن من اشترى شقصا فله أن يتصرف ولا يمنع من ذلك، لأنه قد يجوز أن يأخذ الشفيع وقد يجوز أن لا يأخذ، والدليل على ذلك أنه له البيع والإجارة كذلك الشقص الذي اشتراه، فلولا أنه مالك ما جاز له ذلك، ألا ترى أن الغاصب لا يملك شيئا من ذلك ولما ملك البيع والإجارة دل على أنه ملك ذلك، ألا ترى أن الحاكم لو رآه يبني أو يغرس لا يملك منعه، فدل على أنه غير متعد بذلك، ولأنه غراس أو بناء في ملك صحيح يملك بيعه فلا يستحق عليه إتلافه، أصله إذا لم يستحق عليه فيه منفعة، أو لأنه غراس صادف حقا يملك بيعه فلا يستحق عليه إتلافه، أصله إذا لم يستحق عليه فيه منفعة، أو لأنه غراس صادف حقا يملك به فوجب أن لا يجبر على قلعه على /[٢٣٦ب] وجه يلزمه يلحقه فيه الضرر، أصله إذا وهب به أرضا وغرس فيها ثم رجع الواهب في أرضه إذا كان مما يملك الرجوع، فإنه لا يجبر على قلع ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ واحتج بأن قال: لأنه تصرف في المشفوع فيه فوجب نقضه أصله البيع والهبة.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه الزرع، والمعنى في البيع إنما قلنا إنه ينقض، لأن ذلك لو تركناه لأدى إلى الضرر بالشفيع، لأنه يحتاج أن يأخذ من المشتري الثاني، وربما يكون قد اشتراه بثمن كبير، وليس كذلك في مسألتنا فإنه لا يؤدي ذلك إلى الإضرار به،.

والثالث: هو أن العقود قد تفسخ من غير عدوان مثل الفسخ بالعيب ونحوه، فجاز أن يفسخ أيضا ههنا، وليس كذلك الغراس، فإنه لا يجوز قلعه من غير عدوان على وجه يلحق به الضرر فافترقا لأجل ذلك، ثم المعنى في الأصل، أنه ينتقض تصرفه المؤقت وهو الزرع، فلم ينقض تصرفه المؤبد وهو الغراس بوجه يلحقه به الضرر.

❊ **قالوا**: ولأن من نقض بيعه وإجارته قلع غراسه أصله الغاصب.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الوصف لا يصح في الأصل؛ وهو قوله من نقض بيعه، لأن الشرع نقضه عليه لأن بيع الغاصب بوجه ولا سبب، وعلى أنه يبطل بالمستعير فإنه ينقض بيعه ولا يقلع غراسه، والمشتري بخلاف ذلك.

❊ **[قالوا]**(١): ولأن الغاصب ظالم متعد آثم عاص بقلعه وأخذه ما لا يستحقه وليس كذلك المشتري، لأن غراسه صادف حقه، ولأن حق غيره فوجب نقضه، أصله إذا غرس في أرض مشتركة بينه وبين غيره.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا اشترى شقصا بعبد معيب ثم غرس ورجع عليه بالعيب، فإن ذلك صادف حقه وحق غيره، ومع ذلك لا يجوز قلعه من غير ضمانه، ثم المعنى في ذلك أن غرسه صادف ملك غيره وليس كذلك في مسألتنا، لأنه صادف ملكه الذي يملك بيعه وبيع ما غرس فيه.

---

(١) سقطت من الأصل.

❊ **قالوا:** ولأن حق الشفيع سابق على حق المشتري، فوجب أن يقلع غرسه أصله الغاصب.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالزرع.

والثاني: هو أنا لا نسلم؛ لأن حقه يقدم على حق المشتري، والمعنى في الغاصب ما تقدم.

❊ **قالوا:** ولأن الراهن إن غرس في الأرض المرهونة فإنه يقلع غراسه فكذلك في مسألتنا مثله.

⚜ **والجواب:** هو أنه متعد بذلك؛ | [٢٣٧أ] لأنه غرس في أرض لا يملك بيعها لتعلق حق الغير بذلك، وليس كذلك في مسألتنا لأنه غير متعد بذلك.

وجواب آخر: وهو أن الراهن إن تحمل في الحق الذي عليه، فإنا لا نجيزه على قلع ذلك فقد سوينا بينه وبين المشتري فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

عندنا أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع، ودركه في الاستحقاق لازم للمشتري وعليه يرجع بالثمن، ويرجع المشتري على البائع[١]، وسواء أخذ الشفيع قبل قبض المشتري إياه أو بعده في حياة المشتري أو بعد موته[٢].

وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع على كل حال[٣].

وهو قول أبي حنيفة[٤].

---

(١) قال في شرح الرسالة: «أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع ودركه في الاستحقاق لازم للمشتري ويرجع الشفيع عليه بالثمن ويرجع المشتري على البائع بالثمن...» ٤/ل٤٠٦ أ.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٢١٨ ـ النوادر: ١١/١٨٢ ـ التفريع: ٢/٣٠٢.

(٣) انظر: المبسوط: ١٤/١٠١.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٢٣ ـ المبسوط: ١٤/١٠١.

ودليلنا: هو أن الشفعة تثبت تؤخذ من ملك المشتري بنفس العقد المطلق ومنه يتلف قبل القبض وبعده، فإذا حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، فقد ثبت أنه يأخذ من المشتري بعد تقرير ملكه عليه، فيجب أن تكون العهدة عليه. ولأنها شفعة استحقت على المشتري في الظاهر فوجب أن تكون العهدة عليه أصله إذا أخذ ذلك من يده.

❊ **قالوا**: لا نسلم أنها استحقت على البائع.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا ليس بصحيح ؛ لأن الإيجاب والقبول إنما كان من البائع والمشتري لا مع الأخذ بالشفعة، فدل على أنه يأخذ من ملكه ويده، ولأنه لو كان كما قال ؛ لوجب إذا أخذه أن يبطل البيع، لأن ذلك بعد التسليم المستحق بالعقد، فكان يبطل الأخذ بالشفعة، ولما ثبت أن ذلك لا يبطل، دل على أنه إنما أخذ من يد المشتري ومن ملكه، فوجب أن يستحق على المشتري، أصله إذا ابتاع أبويه فإنه يستحق عليه فكذلك ههنا.

❊ **واحتج** بأن قال: الشفعة إنما استحقت على البائع دون المشتري.

❊ **قالوا**: والدليل على ذلك، أنه لما أخذ منه فقد تعذر التسليم المستحق بالعقد، وإذا تعذر ذلك بطل البيع وإذا بطل البيع دل على أنه لم يأخذها إلا من البائع، فيجب أن تكون العهدة عليه.

⚜ **والجواب**: هو أنا لا نسلم ذلك، بل إنما استحقت إلا من يد المشتري وملكه، والذي يدل على ذلك هو أنها لو كانت تستحق على البائع لارتفعت الشفعة ولم يجز له أن يأخذ.

❊ **قالوا**: وكيف يجوز أن يأخذ من المشتري وقد تعذر التسليم المستحق |[٢٣٧ب] بالعقد.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن ذلك مما يتعذر لأن قبض الشفيع قبض له.

❊ **قالوا**: فكيف يكون قبضا له وهو لم يأمره ولم يوكله على ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنه يجوز أن يكون قبضه قبضا وإن لم يوكله ولم يأمره، ألا ترى أن الوارث يقبض بملك وإن لم يؤذن له في ذلك، ولا وكل ولا أمر، وكذلك أيضا في مسألتنا يجب أن يكون مثله والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

والإقالة لا تسقط الشفعة[1].

وإنما قلنا ذلك، لأنه بيع حادث قد تقرر الملك للمشتري وجوب الشفعة للشفيع، فأشبه بيعها من غير البائع.

فَصْلٌ

وقد اختلفت الرواية فيمن تكون عليه العهدة بعد الإقالة:

فروي عنه: أنها تكون على المشتري وتبطل الإقالة. وروي عنه أنه قال: هو بالخيار إن شاء كتبها على [البائع وإن شاء على][2] المشتري[3].

فوجه الرواية أنها تكتب على المشتري: هو أن الملك قد تقرر للمشتري وقد كانت العهدة عليه كما لو باع ذلك من أجنبي.

ووجه الرواية هو أنه يكون بالخيار: هو أن الشفعة تجب له بالصفتين، فبأي

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٣ ـ التفريع: ٢/٣٠٢.
(٢) سقط من الأصل، وتمامه من المعونة: ٢/١٢٧٧.
(٣) انظر: التفريع: ٢/٢٠٣ ـ الكافي: ٤٤٤.

ذلك شاء أخذ فالعهدة على من يأخذ منه.

فَصْلٌ

وإذا بيع سهم الشفعة فيه مرارا والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم بذلك، ثم أراد الأخذ بالشفعة، فله أخذها بأي الصفقات شاء، فإن أخذها بأجر صفقته صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها وترادوا بأصل الأثمان بينهم، وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، فإن أخذها بوسطها صح ما قبلها وسقط ما بعدها(١).

فَصْلٌ

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة، فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ وإلا ترك(٢).

وإنما قلنا ذلك: ليتمكن المشتري مما يريده من البناء والهدم والغراس وغير ذلك، مما يتصرف به الملاك في أملاكهم والله أعلم.

فَصْلٌ

ولا يجوز هبة الشفعة ولا بيعها(٣).

وإنما قلنا ذلك، لأن الشريك إنما جعلت له الشفعة لزوال الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طالبه بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه في ذلك الضرر، وهذا المعنى إنما يختص به الشريك لا يوجد في غيره.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٣٠٣ ـ الكافي: ٤٤١.
(٢) انظر: التفريع: ٢/٣٠٣ ـ الكافي: ٤٤٣.
(٣) انظر: المدونة: ٤/٢٢٧ ـ التفريع: ٢/٣٠١.

ولأنه لو أوصى بقطع حقه من يملك الشقص كان المشتري أولى لثبوت ملكه عليه فلذلك قلنا ذلك.

❊ مَسْأَلَة:

عندنا إذا باع رجل نخلا وعليها ثمرا، فإن الشفيع يأخذها مع الثمرة قائمة كانت أو محدودة، وللمشتري ما سقى وأنفق[١].

وقال أبو حنيفة: إن كانت الثمرة قائمة في رؤوس النخل أخذها مع الأصل، وإن كانت قد |[٢٣٨أ] حدت أخذ الأصل فقط من الثمرة[٢].

وقال الشافعي: لا يأخذ الثمرة بوجه[٣].

ودليلنا: هو أن الثمرة متصلة بالمشفوع قد ضمتها الصفقة فثبتت فيها الشفعة أصله الشجر في الأرض.

❊ **فإن قالوا**: المعنى في الأصل أن ذلك يتبع الأرض عند إطلاق فلذلك تثبت فيها الشفعة أصله إذا كان منفردة.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأنها إنما لم يتبع الأصل في إطلاق البيع؛ لأن ذلك يفتقر إلى شرط وليس كذلك في باب الشفعة؛ لأنها لا تفتقر إلى ذلك؛ لأنه إنما لا يأخذ الجميع من يد المشتري، فإن كان له فيه عمل ومؤنة بذلنا لآخذ الشقص قيمة ما عمل.

والثاني: هو أن اتصال الثمرة بالشجر آكد من اتصال الشجر بالأرض والبناء الذي فيه الأرض؛ لأن ذلك مودع فيها، والثمرة من قلب النخل، وعين

(١) انظر: المدونة: ٢٣٦/٤، ٢٣٧ ـ النوادر: ١٤١/١١ وما بعدها ـ
(٢) انظر: المبسوط: ١٣٤/١٤ ـ بدائع الصنائع: ٢٨/٥.
(٣) انظر: مختصر المزني: ١٢٠ ـ المهذب: ٤٤٧/٣.

الشجرة الشجرة، فهي كسائر السعف والليف والكريف وجميع ذلك له أخذه، فكذلك في مسألتنا مثله، فإن الثمرة آكد من جميع ذلك.

ولأن الشفعة سبب يملك به العقار فجاز أن يملك به الثمار أصله البيع.

ولا يلزم عليه البيع المطلق؛ لأنا قلنا مجاز، ولا معنى لقولهم: أن بالبيع يملك غلمان الأرض وآلة الحرث؛ لأنه لا يملك ذلك فلم يصح ما قالوه.

❊ **واحتج** بأن قال: ما لا يتبع العرصة في إطلاق البيع وجب أن لا تثبت فيه الشفعة أصله غلمان الضيعة وترابها وآلات الحرث.

❊ **والجواب**: هو أن المعنى في تلك الأشياء؛ أنها غير متصلة بالمشفوع، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا متصل بالمشفوع، والصفقة ضمت جميع ذلك فأشبه سائر أغصان الشجر.

❊ **وربما قالوا**: ولأنها ثمرة فلا تستحق الشفعة أصله إذا أفردت.

❊ **والجواب**: هو أنه لا تأثير لقولكم ثمرة، لأنها لو كانت نباتا أو حيوانا أو طعاما كان بهذه المثابة فلم يصح ما قالوه، والمعنى في أنها غير متصلة بالمشفوع فلذلك لم يملك فيها الشفعة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنها متصلة بالمشفوع، فأشبه سائر أغصانها وسعفها فلم يصح ما قالوه من ذلك. والله أعلم.

فَصْلٌ

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة فيه حتى يتم البيع ويحصل الاختيار[١].

وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة، وإن كان للمشتري وجبت فيه الشفعة[٢].

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٥ ـ النوادر: ١١/١٧٩.

(٢) انظر: المبسوط: ١٤/١٤٣.

وإنما قلنا ذلك، لأن الشفعة إنما تستحق بانبرام العقد وتمامه، وما لم يقع الخيار فيه فالعقد غير تام، بدليل أن المشتري ربما لم يختر فرد الشقص. وإذا كان كذلك وجب أن لا يثبت له الأخذ. ||[٢٣٨ب] أصله إذا كان الخيار للبائع.

فَصْلٌ

وإذا بيع الشقص بثمن إلى أجل معلوم، فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى الأجل إن كان ثقة مليا، أو يأتي بثقة مليء يضمن الثمن عنه عند الأجل[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له أخذه إلا بالثمن الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا نقصان[٢].

والدليل على أن ذلك أنه لو اشترى ذلك بغلة لم يجز أن يأخذ صحاحا، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، فلو ألزمنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشتري، وذلك أن **العرف جار بأن النقد أقل منه بالنسيئة**، ولأن المشتري يلزمه النقد فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشتري، وأن معناه الأخذ إلى المدة أضررنا به لطول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه من ذلك.

❊ **فإن قالوا**: فهذا شفيع يأخذ الشقص بلا ثمن وهذا لا يجوز.

⚜ **والجواب**: هو أنه مال أخذه بالثمن ولا يسلمه إليه إلا أن يأت بثقة يضمن عنه ذلك للأجل فلم يصح ما قالوه.

❖ مسألة:

وإذا حط البائع عن المشتري شيئا من ثمن الشقص، فإنه ينظر في ذلك:

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٢٥٢ ـ النوادر: ١١/١٦٢.
(٢) انظر: مختصر القدوري: ٢/١٢٠ ـ المهذب: ٣/٤٥٣.

فإن كان مثله مما يحط في البيوع ، والباقي يشبه أن يكون ثمنا للشقص فإنه ينظر في ذلك:

فإن كان مثله مما يحط وجب حط جميع ذلك عن الشفيع ، وأما إن كان شيئا متفاوتا لا يصح أن يكون الباقي ثمنا للشقص ، فذلك هبة لا يجوز وضع ذلك عن الشفيع ، وسواء كان ذلك قبل أخذ الشفيع أو بعده(١) .

وقال أبو حنيفة: تسقط عنه الحطيطة(٢) .

وقال الشافعي: الشفيع يأخذ الشفعة بما وقع عليه الثمن الأول على كل وجه(٣) .

فالدليل على أن الشفيع لا يلزمه إلا وزن ما وزن من المشتري ، هو أنه دفع إليه ما انعقد عليه البيع فوجب عليه قبوله ، أصله إذا لم يحط عنه شيئا ، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهراه لم يكن الثمن ، وإنما الثمن هو ما يقي بعد الحطيطة ، فوجب أن يلزم المشتري ذلك القدر الذي ورثه.

ولأنه إبراء عن نقص الثمن ، فوجب أن يصح أصله إذا كان ذلك في المجلس واختار الثلث ، فأما إذا وضع ما لا يشبه أن تكون هي الباقي ثمنا بأنا نعلم أن ذلك لا يتعلق بذلك باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه فلا يجوز حط ذلك عن الشفيع.

فأما الشافعي ، فاستدل بأن قال: لا يعتبر به الثمن بعد لزوم العقد ، فوجب |[٢٣٩أ] أن لا يثبت في حق الشفيع أصله الزيادة.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٢١ ـ النوادر: ١١/١٦٧.

(٢) انظر: المبسوط: ١٤/١٠٧.

(٣) انظر: الحاوي الكبير: ٧/٢٨٧ ـ المهذب: ٣/٤٥٢.

والجواب: هو أنا لا نسلم ؛ أن ذلك يعتبر الثمن ، وإنما علمنا أن الذي أظهراه ما كان ثمنا ، وإنما الثمن ما بقي.

وعلى أنا نقول بموجبه ، وأنه إذا كان ما بقي لا يجوز أن يكون ثمنا للشقص ، فإنا نعلم أن ذلك هبة فلا يحط ذلك عن الشفيع ، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

فَصْلٌ

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ، فالقول قول المشتري.

وإنما قلنا ذلك ، لأنه مدعى عليه ، والشفيع مدّعٍي لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه عنه بدون ما يذكره ، فكان على المشتري اليمين ، فإن حلف أخذ الشفيع بما حلف عليه وإلا ترك ، وأما إن نكل قيل للشفيع احلف ، فإن حلف أخذ ما يدعيه ، وكل هذا إذا كان التداعي فيما يشبه. فأما إن أتى أحدهما بما لا يشبه كان القول قول مدعي الأشبه مع يمينه.

وإنما قلنا ذلك ، لأن العرف يصدقه ويكذب خصمه ، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن ، لكونه ملكا لا يبالي ما يبذل فيه أو جارا يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص وما أشبه ذلك ، فإن العرف يجَوِّزُ فيه ذلك.

فأما إن أقام أحدهما بينة تثبت له ما يدعيه مما يشهد به ، فإن أقام كل واحد منهما البينة بما يدعيه حكم به لأعدلهما بينة ، فإن تكافئا في العدالة فإنهما يسقطان ويعود الأمر إلى أن يكون القول قول المبتاع مع يمينه كما قلناه[1].

مسألة:

عندنا أن المسلم والذمي في أخذ الشفعة سواء ، فيأخذ الذمي من شريكه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٧ ، ٢١٨.

المسلم والمسلم من شريكه الذمي[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي[2].

وقال أشهب وأحمد وداود[3] والثوري[4]: لا يأخذ الذمي الشفعة من المسلم.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع»[5].

وروي أنه عليه السلام قال: «الشفعة فيما لم يقسم»[6]، ولم يفرق بين المسلم والذمي فهو على عمومه وشموله.

وروي أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شرك وربع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق بالثمن»[7].

والقياس: هو أنه حق وضع لإزالة الضرر وعن المال، فاستوى فيه المسلم والذمي أصله الرد بالعيب.

❊ **واحتج** بما روي أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لنصراني»[8].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢١٣ ـ النوادر: ١١/٢٠١.

(٢) انظر: المبسوط: ١٤/١٦٨ ـ الأم: ٥/٥١٢ ـ المهذب: ٣/٤٥٢.

(٣) انظر: النوادر: ١١/٢٠١ ـ مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله: ٢٩٨ ـ مختصر الخرقي: ١٠٣ ـ المغني: ٧/٥٢٤.

(٤) مذهب الثوري رحمه الله أن المسلم والذمي في أخذ الشفعة سواء، وبه صرح القاضي رحمه الله في عيون المسائل: انظر: عيون المسائل: ٥٨٧ ـ المغني: ٧/٥٢٤.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) أخرجه الطبراني في الصغير، ر: ٥٦٩، ١/٣٤٣، والبيهقي في الكبرى، ٦/١٠٨، والحديث ضعيف، في إسناده نائل بن نجيح، عن سفيان الثوري، قال البيهقي: أحاديث نائل مظلمة جدا وخاصة إذا روى عن الثوري. السنن: ٦/١٠٨.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا الحديث لا يعرف، فلا يصح الاحتجاج به، ولو صح لحملناه على وجه صحيح، وأنه لا شفعة لنصراني على نصراني، لأن من مذهبنا أن الحكم بينهم بل يردهم إلى ما عندهم.

|[٢٣٩ ب] ❊ **قالوا**: ولأن من لا يملك الإحياء لا يملك الشفعة أصله ما لا شفعة فيه.

⚜ **والجواب**: هو إنما لم يجز للذمي الإحياء، لأن في ذلك تفويت أصل على المسلمين على التأبيد بلا بدل، وليس كذلك الأخذ بالشفعة، لأنه لا يأخذ ذلك إلا ببذل مال بما يشبه سائر التمليكات.

وجواب آخر: وهو أن إسماعيل بن إسحاق لا يُجَوِّز له ذلك، لأنه لا يجوز أن يقرهم في ذلك الموضع فلم يسلم ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

وإذا وجبت الشفعة لرجل فبذل له المشتري دراهم على ترك الأخذ بالشفعة، فله ذلك ويملك ذلك(١).

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك ولا يملك الدراهم بذلك(٢).

ودليلنا: هو أنه ملك أن يملك فجاز أخذ العوض، أصله أخذ الزوج العوض على أن تملك زوجته بضعها. ولأن الأمة إذا أعتقت تحت العبد فقد ملكت بضعها، وهو أن لها الخيار في المقام معه والفسخ، ولو بذل لها الزوج شيئا على أن لا يوقع الطلاق جاز لها أخذ ذلك وانقطع خيارها، فكذلك في مسألتنا مثله.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٢٩.

(٢) انظر: الحاوي الكبير: ٧/٢٤٤.

※ **واحتج** [   ][1] سقوط الخيار لا يجوز أن يكون في مقابلته مال، ألا ترى أنه لو اشترى شقصا ووجد به عيبا فأخذ الأرش لم يملكه، لأن الرد بالعيب ممكن، فالمال إنما أخذه في مقابلة سقوط الخيار فلا يملكه.

⚜ **والجواب**: (هو أنا لا نسلم ذلك لأنهما إن تراضيا في العيب على ذلك جاز لأنه يكون بائعا [   ][2] الذي فاته بالعيب)[3] فلم يصح ما قالوه والله أعلم به.

(١) هنا خرم بالأصل، ومقتضى السياق أن يقال: «واحتج بأن قال».

(٢) كلمة لم أتبينها، ولعلها «القدر».

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من ط.

كتاب القسمة

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ [النساء: ٨]، الآية.

(وروي أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[(١)])[(٢)].

وروي أن رسول الله ﷺ «قسم الغنائم بين الغانمين»[(٣)]، وأسهم النبي ﷺ «بين العبيد المعتقين في المرض»[(٤)].

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «كل ما أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية، وما أدركه قسم الإسلام فهو على قسم الإسلام»[(٥)]، فدل ذلك على أن القسمة جائزة بهذه الأخبار التي ذكرناها.

فَصْلٌ

إذا ثبت ما ذكرناه فالأعيان المملوكات على ضربين:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من ط.

(٣) أخرجه مسلم في الزكاة، باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الاسلام، ر: ١٠٦٠، ١٠٦١، ص٤٠٧، ٤٠٨.

(٤) أخرجه مسلم في الأيمان، باب ما أعتق شركا له في عبد، ر: ١٦٦٨، ص٦٨٧.

(٥) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في قسم الأموال، ر: ٢١٧٥، ٢/٢٩٢، وأبو داود في الفرائض، باب في الولاء، ر: ٢٩١٤، ص ٣٣٠، وابن ماجه في الرهون، باب قسمة الماء، ر: ٢٤٨٥، ٢/٨٣١.

ضرب تصح قسمته وضرب لا تصح قسمته.

فالذي تصح قسمته الحيوان والرقيق والثياب والعروض وغير ذلك كله، فهذا كله تصح قسمة النوع دون الأعيان، فلا تصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد |[٢٤٠أ] والدابة والسفينة وما في حكم العين الواحد كالخفين والنعلين والبابين، وكل ما في قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسمته العين منه[١].

وإنما قلنا ذلك، لأن القسمة في أفراد الحقوق بأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به على ما يريده بقسمه هذه الأعيان بعينها، على هذا المعنى يجب المنع منه، وإن طالب بقسمة العبد أو الثوب أو الدابة أو السطل وما أشبه ذلك، فكأنه يقول أريد أن أتلف على شريكي ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالي بذلك، فإنه لا يترك ذلك.

فَصْلٌ

فإذا ثبت أن قسمة هذه الأعيان بانفرادها لا يصح، فلو تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياعة، وأراد أحدهما البيع فله ذلك، فإن أجابه الآخر إلى البيع معه فذلك جائز، وإن أبى وقال لا أبيع ملكي، أجبر على البيع معه[٢].

وإنما قلنا ذلك: لأن في بيع هذا حصته منه وحده ضررا عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة، فلا يجوز أن يقال: إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه فلا يجبر عليه، وإنما كان ذلك لأنه إذا تعلق بذلك حق الغير أجبر عليه، ولم يلتفت إلى خياره كما يقول في الشفعة.

---

(١) انظر: المدونة: ٢٦٩/٤، ٢٧٥ ـ التفريع: ٢٩٦/٢.

(٢) انظر: التفريع: ٢٩٦/٢.

ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منها بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلا بالبيع، لأنه لا طريق له إلا بذلك وإلا فما الحيلة في ذلك.

فَصْلٌ

فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع معه نظر في ذلك:

فإن أرادا أخذ بجملة مما دفع له كان له ذلك[1].

وإنما قلنا ذلك: لإزالة الضرر عنه بذلك إلا أن يشاء الشريك بيع حصته مشاعة فلا يلزم الشريك بيع حصته معه. وإن اختارا أن يتقاوما رقبة المبيع فمن زاد على صاحبه سلمه الآخر إليه، هذا الحكم فيما لا ينقسم على هذا البيان والشرح.

فَصْلٌ

فأما الذي تنقسم أعيانه مثل العقار والرباع، فما أمكن قسمته منها ولم يعد بالضرر لجماعتهم بأن يصير لكل واحد منهم ما لا ينتفع به، فلا يجوز قسمته.

وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك إضرار بنفسه ولشركائه، فأما إن كان يصير لأحد الشركاء ما ينتفع به، فطالب بالقسمة وفي القسمة إبطال انتفاع الباقين بحصصهم، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال يقسم بينهم ويجبر على القسم من أبى ذلك، ومنهم من قال لا يقسم ذلك. وقد قيل إن العقار يقسم على كل حال إذا كان مما ينقسم إذا دعي بعض الشركاء إلى القسمة[2].

---

(١) انظر: عقد الجواهر: ٣/٧٨٨.

(٢) انظر: النوادر: ١١/٢٢٤ ـ التفريع: ٢/٢٩٦.

فوجه القول إن ذلك يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهم ما لا ينتفع به على الانفراد، هو أن القسمة ||[٢٤٠ب] إنما وضعت لتمييز الحقوق، فمن دعا إلى ذلك كان له ذلك، أصله إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول أنا أريد أن أنفرد بملكي ولا شيء علي من غيري، فوجب أن يكون له ذلك.

ووجه القول أنه لا يقسم ذلك، ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وهذا من الإضرار البين فوجب أن يمنع منه، ولأن قسمة رقاب الحيوان إنما منع منه لأجل هذا المعنى فوجب أن يمنع من ذلك، والوجه الأول أصح.

فَصْلٌ

والقسمة في الأصل على ثلاثة أضرب[2]:

قسمة مهايأة: وهو أن يتهايأ الشريكان، فيأخذ هذا دار يسكنها وهذا دار يسكنها وهذا أرضا يزرعها، فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجب يجبر عليها من أباها.

وإنما قلنا ذلك، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة الرقاب.

والضرب الثاني: **قسمة بيع وصفة**: وذلك أن يأخذ أحد الشركاء دارا على أن يأحذ الآخر دارا أو بستانا أو دكانا، فهذه قسمة جائزة، وإنما قلنا ذلك، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى.

والضرب الثالث: **قيمة[3] وتعديل**: ومثال ذلك، أن تكون الدار مختلفة

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: المدونة: ٢٦٥، ٢٦٦ ـ التفريع: ٢٩٧/٢.

(٣) أي قسمة قيمة وتعديل، انظر: المعونة: ١٢٨٨/٢.

البناء، والبستان مختلف الغراس تختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر وبسط، فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهام.

وصفة ذلك: تقسم الفريضة وتضرب إن كان في سهامها كسر، إلى أن تصحح السهام، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها، ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة، فربما كانت جريبا[1] من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع آخر على حسب اختلاف قيم الأرض ومواضعها، فمتى حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه.

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضيا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز ذلك، وأما إن تشاحوا ضرب بينهم بالسهام، فمن حصل سهم من جهة كانت له. فإن اختلفوا بأي الجهات يبدأ في الإشهار عليها أسهم على الجهتين بأسهم، فأيها خرج سهمها لم يسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه.

فَصْلٌ

وصفة القرعة: أن يكتب اسم الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع، ثم ترمى كل بُنْدُقَة[2] من جهة، فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة. وقد قيل تكتب الأسماء وتكتب الجهات ثم تخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات فيعطى | [٢٤١أ] من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة[3]، هذا وجه القسمة.

---

(١) الجريب: «هو الوادي، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض فقيل فيها جريب وجمعها أجربة». المصباح المنير، ص١٣٠.

(٢) البندقة: «البندق: ما يعمل من الطين ويرمى به، الواحدة منها بندقة، وجمع الجمع بنادق». المصباح، ص٥٤.

(٣) هكذا نقلها ابن شاش بتمامها. انظر: عقد الجواهر: ٢/٧٨٤.

فَصْلٌ

فأما إذا أراد الشريك قسمة دُوْر أو دكاكين أو ضياع وطلب بعضهم أن يقسم له بحقه في كل دار أو دكان، وطلب الباقون القسمة على العدد، فإنه ينظر في ذلك: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متباعدة قسمت كل دار على حدة[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: يقسم في الوجهين كل دار على جهتها[2].

وإنما قلنا: إن قسمة العدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر وأعود بالصلاح، لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دارا كاملة كمل انتفاعهم بها، وكان عدولهم عن هذا إلى قسمة إحدى الدارين إيثارا للإضرار بنفسه وبالشريك فلا يترك ذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين.

فَصْلٌ

فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى والأرض للزرع، فإن كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحوق الضرر بقسمتها على العدد، وذلك باختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع[3].

فَصْلٌ

فأما الحمام والرحى وكل ما يحتمل القسمة[4] إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٢٦٧، ٢٧٤، ٢٧٥ ـ النوادر: ١١/٢٠٩ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٩٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ٤١٠ ـ المهذب: ٥/٥٣٢.

(٣) انظر: التفريع: ٢/٢٩٧.

(٤) في المعونة قوله: «وكل ما لا يحتمل القسمة» ٢/١٢٩٠.

به من ذلك الوجه، فإن كان ينتفع به لغير ذلك الوجه ففي قسمته روايتان عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ[1]:

فإذا قلنا أنه يقسم: فوجه ذلك، هو أن الانتفاع يحصل بقسمته فكان ذلك جائزا كسائر العقار. ووجه الرواية أنه لا يقسم: هو أن في قسمته إبطال منفعته المقصودة منه، وذلك ضرر، فوجب أن لا يجوز لأجل ذلك.

مسألة:

عندنا أن أجرة القسام على عدد الرؤوس دون الأنصباء[2].

وقال الشافعي: هي على عدد الأنصباء[3].

ودليلنا: هو أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم، بل التعب في ذلك واحد، وربما تعب في تمييز السهم القليل، وإفراده أكثر مما يتعب في تمييز الكبير، والذي يبين ذلك، أنه إذا كان في الدار ثلثان وثمن فإنه يحتاج إلى قسمتها أثمانا، ولو كانت نصفين كان أسهل له، والأجرة تستحق على قدر العمل في القلة والكثرة، وإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثل تأثيره في الكثير أو أكثر وجب | [٢٤١ ب] اطراح هذا وكان الاعتبار بما ذكرناه.

❊ **فإن قالوا:** الشفعة توجد على قدر الأملاك، فكذلك هذا القسم وجب أن يكون حقه على قدر الأملاك.

❁ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ لأن هذه أجرة، والأجرة من شأنها أن

(١) انظر: المدونة: ٣٠٧/٤ ـ النوادر: ٢٢٤/١١ ـ التفريع: ٢٩٨/٢.
(٢) انظر: المدونة: ٣١٠/٤، النوادر: ٢٥٦/١١، التفريع: ٢٩٧/٢، ٢٩٨.
(٣) انظر: المهذب: ٥٢٨/٥، الحاوي الكبير: ٢٤٨/١٦.

تكون على قدر العمل ، وقد بينا أنه ربما تعب في السهم القليل أكثر من تعبه في السهم الكثير ، ومع ذلك يسقط اعتبار ذلك ، فكان الرجوع إلى ما قلناه أولى من ذلك والله أعلم.

فَصْلٌ

وإذا اشترك جماعة في سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسما واحدا ، ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا ذلك[1]. لأن القسمة على قدر أهل السهام، وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد ، فإذا انفردوا بسهامهم صار لهم حكم أنفسهم ، ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهم لا يدخل فيها أهل سهم فكذلك ههنا مثله .



(١) انظر: التفريع: ٢/٢٩٧ ، الكافي: ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

كتاب الوصايا

والأصل في ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها، الكتاب والسنة والإجماع.

فأما الكتاب: فقوله تعالى في آية المواريث: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وأما السنة، فما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[١].

وأما الإجماع: فالأمة مجمعة على ذلك من لدن رسول الله ﷺ[٢].

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه، فهي مندوب إليها[٣].

وإنما قلنا إن ذلك مندوب إليه لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ له مال وله وارث يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا، باب الوصايا وقوله ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة»، ر: ٢٧٣٨، ٢٨٦/٢، ومسلم في الوصية، ر: ١٦٢٧، ص٦٦٧.

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر، ص ١٠٠.

(٣) انظر: الموطأ: ٣٠٩/٢ ـ الاستذكار: ١١/٢٣ ـ المنتقى: ٧٥/٥ وما بعدها ـ المسالك: ٤٧٢/٦.

(٤) تقدم تخريجه.

ولأن في ذلك تحرزا واحتياطا، لأن الإنسان لا يدري متى تخرمه المنية، وقد يكون عليه حقوق يحتاج إلى التخلص منها فيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فَصْلٌ

وموضع الوصية الثلث، ولا يجوز الوصية بمقدار ما زاد على ذلك إلا بإذن الورثة[1].

وإنما قلنا ذلك أن له أن يوصي بالثلث، لما روي أن سعدا قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: إنه بلغ بي من الوجع ما ترى وإني ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال لا، قلت فشطره، قال لا، قلت فالثلث، «قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[2]. فلذلك قلنا ذلك.

وروي أن النبي ﷺ |[٢٤٢أ] قال: «إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم»[3].

فَصْلٌ

وإنما قلنا إن الزيادة زائدة على الثلث إذا أذن الورثة في ذلك، لأن المنع من ذلك إنما كان لأجلهم[4]. وإنما قلنا إن الزيادة على الثلث حق لهم، فإذا أجازوا ذلك فقد أسقطوا حقوهم فجاز ذلك.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٣١١، ٣١٢ ـ المدونة: ٤/٣٧٩ ـ التفريع: ٢/٣٢١.

(٢) أخرجه البخاري في الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ر: ٢٧٤٢، ٢/٢٨٧، ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: ١٦٢٨، ص ٦٦٧.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الوصية، باب الوصية بالثلث، ر: ٢٧٠٩، ٢/٩٠٤؛ والبيهقي في الكبرى، باب الوصية بالثلث، ٦/٢٦٩، والحديث إسناده ضعيف. انظر: التلخيص: ٣/١٩٥.

(٤) انظر: الموطأ: ٢/٣١٥ ـ المدونة: ٤/٣٧٩ ـ التفريع: ٢/٣٢٣.

فَصْلٌ

فأما إن أجاز ذلك بعضهم ، فإن ذلك جائز في حق من أجاز ذلك دون حق من لم يجز ، لأن من أجاز فقد ترك حقه ، ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك لأنه ماله(١) .

مسألة:

عندنا من لا وارث له ، لا يجوز له أن يوصي بجميع ماله ، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فحسب(٢) .

وبه قال الشافعي(٣) .

وقال أبو حنيفة: له ذلك ، ولا يمنع من ذلك(٤) .

ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم»(٥) ، فدل ذلك على أنه لا يجوز الزيادة على ما جعل لنا.

والقياس: هو أنها عطية تلزم بعد الموت ، فوجب أن لا تصح أكثر من الثلث ، أصله إذا كان له وارث .

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك ، أن له وارثا فلذلك لم يجز له الزيادة على الثلث ، فكذلك في مسألتنا لأنه لا وارث له .

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٣١٥ ـ التفريع: ٢/٣٢٤.

(٢) انظر: النوادر: ١١/٣٧٥ ـ التفريع: ٢/٣٢٤.

(٣) انظر: المهذب: ٣/٧٠٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٧/٣٣٥.

(٥) تقدم تخريجه.

❊ **والجواب**: هو أن له أيضا وارثا ههنا وارث، وهو بيت المال، لأنه لا يعقل عنه فهو كورثته المعنيين فلا فرق بينه وبينهم.

وقياس آخر وهو أنه مال له مصرف حكمي، فلم يجز له صرفه إلى غيره أصله إذا كان عليه ديون الغرماء.

❊ **قالوا**: لا يمتنع أن يكون لهذا المال مصرف حكمي، ومع ذلك يجوز له فيه التصرف، ألا ترى أن المرأة إذا لم يكن لها وارث فإنه يجوز لها أن تصرف نصف مالها إلى الزوج فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن ذلك إنما يرجع بعقد النكاح وليس كذلك في مسألتنا.

وقياس آخر: وهو أن له من يعقل عنه، فلم يجز له أن يصرف جميع ماله أصله إذا كان له بنوعهم ويريد بذلك بيت مال المسلمين.

ولأنها عطية تلزم بالموت، فوجب أن تلزم في ثلث ماله أصله إذا مات وله ابن وأوصى بجميع ماله، فإن ذلك لا يصح، إلا في ثلثه فكذلك في مسألتنا.

واحتج بحديث سعد بن أبي وقاص، وقول النبي ﷺ: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[1].

فوجه الدليل منه، هو أنه عليه السلام منع من الزيادة على الثلث وعلل له، وهو أن لا يفتقر ورثته فإذا لم يكن له ورثة فالمعنى زائل، فوجب أن يصح له إخراج جميع ماله.

❊ **والجواب**: هو أن ههنا من يعقل عنه، وهو بيت المال، فهو كما لو ترك

(١) تقدم تخريجه.

ورثة فلم يصح ما ||[٢٤٢ب] قالوه.

❊ **قالوا**: وروي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «من مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء»[١].

وكذلك روي عنه أنه قال: «ما حق امرئ يموت ولا وارث له إلا أن يتم بأهل همدان، فمن مات ولا وارث له فليضع ماله حيث يشاء»[٢].

❊ **والجواب**: هو أنا كذلك نقول، وأنه يضع ماله حيث شاء الذي هو الثلث، وأما الثلثان فذلك له مستحق، وهو بيت مال المسلمين.

❊ **قالوا**: ولأنه مال لا مالك له معين، فجاز له نقله إلى من شاء، أصله إذا كان ذلك في حال الصحة.

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، بل له مالك معين وهو بيت مال المسلمين.

والثاني: هو أنه مالكه، وعلى أن المعنى في الأصل هو أنه ما تعلق به حكم الغير، فلذلك جاز أن يصرفه حيث يشاء، وليس كذلك في حال المرض، ألا ترى أنه في حال الصحة لو أراد أن يتصدق بجميع ماله وله ورثة جاز له ذلك، ولو كان ذلك في حال المرض لم يجز ذلك، فدل على أنه تعلق بذلك حق الغير.

❊ **قالوا**: ولأنه لو قال في مرضه أعطوا فلانا دينارا ولم يعينه، فإنه يلزم

---

(١) هذا الحديث لم أجده بهذا اللفظ، وذكره الطبراني وعبد الرزاق بلفظ آخر، من طريق أبي ميسرة الهمداني عمرو بن شرحبيل قال قال لي عبد الله بن مسعود: «إنكم من أحرى حي بالكوفة أن يموت أحدكم ولا يدع عصبة ولا رحما فما يمنعه إذا كان ذلك أن يضع ماله في الفقراء أو المساكين». أخرجه في المعجم الكبير، ر: ٩٧٢٣، ٩/٣٤٧، وعبد الرزاق في المصنف، باب لا وصية لوارث والرجل يوصي بماله كله، ر: ١٦٣٧١، ٩/٦٨. وذكر ابن حزم أنه قد صح عن ابن مسعود. المحلى: ٩/٣١٧.

(٢) لم أجده فيما عندي من مصادر.

الورثة إخراج ذلك.

❁ **والجواب**: هو إنما يلزم ذلك، لأنه لا مالك له معين، وههنا بيت المال موجود وهو معين كما لو كان له بنو عمٍّ فلم يصح ما قالوه، والله أعلم به.

فَصْلٌ

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقي الورثة(١).

وإنما قلنا ذلك: لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى جعل لكل وارث قدرا معلوما من التركة»(٢). فإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان يعطيه من حق غيره.

فَصْلٌ

فإذا لم يجيزوا ذلك رجع ميراثا(٣).

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد بذلك بعضهم وليس له جهة تصرف إليه من جهته قبل وصية الميت فلم يبق إلا أن يرجع ميراثا كالذي لم يوص به.

فَصْلٌ

وأما إن جاز ذلك الورثة فإن ذلك جائز(٤). ومن الناس من منع من ذلك(٥).

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٣١٥ ـ المدونة: ٤/٣٦٥ ـ النوادر: ١١/٣٥٠ ـ التفريع: ٢/٣٢٤.

(٢) هو قوله ﷺ: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم». وقد تقدم تخريجه.

(٣) انظر: الموطأ: ٢/٣١٦ ـ المدونة: ٤/٣٦٥.

(٤) انظر: الموطأ: ٢/٣١٥ ـ المدونة: ٤/٣٦٥.

(٥) منع من ذلك المزني وداود بن علي وجماعة أهل الظاهر، وفي ظاهر قول أحمد، وقول للشافعي رحمهم الله تعالى: انظر: الاستذكار: ٢٣/٢٠ ـ المغني: ٨/٣٩٦.

وإنما قلنا إن ذلك جائز، لأن المنع إنما كان لأجل حقوقهم، فإذا أجازوا ذلك فقد تركوا حقوقهم فوجب جواز ذلك، ولأنها جهة الوصية منع منها بحق الورثة فكان أن يلزم بإجازتهم أصله الزيادة على الثلث.

فَصْلٌ

والوصية غير واجبة لقريب ولا أجنبي(١).

ومن الناس من قال: إن ذلك واجب لمن يرث من الأقربين كالوالدين إذا لم يكونوا وارثين(٢).

وإنما قلنا إن ذلك ليس بواجب، لأن كل من لا تلزم عطيته في حال الحياة لم تجب الوصية |[٢٤٣أ] له بعد الوفاة. أصله الأجانب، ولأنها هبة أو عطية فلم تجب أصله حال الحياة.

فَصْلٌ

ومن استأذن الورثة في الوصية لوارث بالثلث أو بأكثر من الثلث فأذنوا له بذلك، فإن ذلك لا يخلوا من ثلاثة أحوال:

إما أن يجيزوا في حال الصحة، أو في المرض الذي يحجر عليه فيه، أو يجيزوا ذلك بعد الموت، فإن أجازوا ذلك في الصحة؛ فلا يلزمهم ذلك ولهم الرجوع في ذلك.

وإنما قلنا ذلك: لأنه لا حق لهم في الحجر عليه في حال الصحة فلم يلزمهم ذلك؛ لأنهم أذنوا له فيما لا يملكونه، فأما إن أجازوا ذلك بعد الموت،

---

(١) انظر: التفريع: ٣٢٢/٢ ـ الاستذكار: ١٥/٢٣.

(٢) هو قول الزهري وأبو مجلز وأهل الظاهر. انظر: عيون المسائل: ٦٤١ ـ الاستذكار: ١٥/٢٣ ـ المحلى: ٣١٤/٩، ٣١٥.

فإن ذلك لازم لهم لا خلاف في ذلك، وإنما كان كذلك لأن الحق لهم قد وجب، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز ذلك كما لو وهبوه اياه ابتداء، وأما إن أجازوا ذلك في حال المرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيه، هذا مذهبنا[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تصح إجازتهم لذلك ولهم الرجوع في ذلك[2].

ودليلنا: هو أنها حالة يملكون الحجر عليه فيها، فإذا أذنوا فيما لهم منعه منه لزمه، أصله السيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته.

وقد قيل: إنها حالة تعتبر عطاياه فيها من الثلث، فوجب أن يلزم الورثة ما أذنوا فيه، أصله بعد الموت، ولأن الورثة في هذه الحالة قد ملكوا أن يملكوا وإلا لم يثبت لهم عليه الحجر، ومن يثبت له حق جاز له أن يسقطه، الدليل على إسقاط الشفيع لما ملك الأخذ ملك إسقاط ذلك الحق فكذلك في مسألتنا.

❊ **واحتج** بأن قال: هذه إجازة من الوارث قبل أن يصير له الإرث، فوجب أن لا يلزم أصله إذا ادعى في حال الصحة.

❊ **والجواب**: هو أنا لا نسلم، لأنه قد ثبت له حق الإرث، بدليل منعه من التصرف في أكثر من ثلثه فلم يصح ما قالوه.

والثاني: هو أنه لا يمتنع أن يكون ما ثبت له ذلك، ومع ذلك لا يلزم إلا بالإذن فيه، ألا ترى أن الشفيع ما ملك، وإنما ملك أن يملك، ومع ذلك إذا قال أسقطت جميع حقي من الشفعة جاز ذلك فكذلك في مسألتنا، والمعنى في

---

(١) انظر: الموطأ: ٣١٣/٢ ـ النوادر: ٣٦٩/١١، ٣٧٠ ـ التفريع: ٣٢٣/٢، ٣٢٤.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٨ ـ ١٥٩ ـ الأم: ٢٠٢/٥ ـ المهذب: ٧١٩/٣.

الأصل وهو حال الصحة إنما لم يلزم إذنهم في ذلك ، هو أنه غير محجور عليه في حقهم ، وليس كذلك في مسألتنا لأنه محجور عليه في حقهم ، فقد ملكوا أن يملكوا ذلك فهم بمنزلة الشفيع .

❊ **قالوا**: ولأنا لا نعلم أن هؤلاء ورثته في حال مرضه ، لأنه يجوز أن يحدث وارث آخر ويموتوا ويصير الميراث لغيرهم .

❊ **والجواب**: هو وإن جاز ذلك إلا أنه قد حصل محجورا عليه لأجل حقهم ، فإن أجاز هؤلاء جاز ذلك وإن حضر غيرهم لم يلزمهم ذلك في حصتهم ، وإنما يلزم ذلك ||[٢٤٣ب] من أذن له دون من لم يأذن له كما لو كانوا كلهم حاضرين ، فأذن بعضهم ، فإنه يلزم ذلك في حق من أذن جون من لم يأذن والله أعلم .

فَصْلٌ

فأما إن استأذنهم عند خروجه إلى سفر فأذنوا له في ذلك ، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروي عنه أنه قال: لا يلزم ذلك . وروي عنه: ذلك لازم لهم[1] .

فوجه الرواية أنه لا يلزم: هو أنه في هذه يصرفه من رأس المال فلا يلزم الورثة إذنهم في ذلك . أصله حال الصحة .

ووجه الرواية أنه لازم لهم: هو أن السفر حال خوف وخطر ، فإذا أذنوا في ذلك وجب أن يلزمهم ، أصله حال المرض المخوف عليه ، وهذا إنما يكون في السفر البعيد الذي يخاف منه التعب والهلاك .

فَصْلٌ

والإذن المحكوم به هو ، إذا كان طوعا لا خوفا من الإضرار بهم ، مثل أن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٠ ـ النوادر: ١١/٣٦٩ .

يكون الوارث في عيال الوصي ونفقته ، فيخاف إن لم يأذن له قطع ذلك ، أو يكون له عليه دين يلزمه به ، أو يكون سلطانا يرهبه وما أشبه ذلك ، فمتى كان الإذن على بعض هذه الوجوه ، لم يلزم ذلك ، فكان لهم الرجوع فيما أذنوا فيه على هذا الوجه[١] .

فَصْلٌ

وهبات المريض وعطاياه مراعاة، فإن صح لزمته من رأس المال كالصحيح[٢] .

وإنما قلنا ذلك لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم»[٣] . فأخبر عليه السلام أنه ليس لنا إلا الثلث فلم تجب زيادة عليه.

وروي «أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فتغيظ غيظا شديدا ثم دعاهم فأسهم بينهم ، فأعتق ثلثهم وأرق ثلثيهم»[٤] .

ولأن حضور سبب الموت بمنزلة حضور الموت بعينه ، بدليل منع الهبة للوارث ، ولأنه إيجاب عطية في المرض فأشبه الوصية.

مسألة:

عندنا إذا أوصى الرجل بنصف ماله والآخر بثلث ماله فلم يجز الورثة ذلك ، فإنه يلزم ذلك في الثلث. وأنه ينظر أقل ماله نصف وثلث وهو ستة مبلغ ،

---

(١) انظر: عقد الجواهر: ٤٠٢/٣.

(٢) انظر: المدونة: ٣٥٢/٤ ـ النوادر: ٣٧٢/١١ ـ التفريع: ٣٣١/٢.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

الوصية منهما خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة أسهم، لصاحب النصف ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع، يكون ذلك على سبعة من اثني عشر، لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب(١).

وبه قال الشافعي(٢).

وقال أبو حنيفة: يكون الثلث بينهما بالسواء(٣).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَ مَا سَمِعَهُۥ [٢٤٤أ] فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ [البقرة: ١٨١].

❊ **قالوا**: فقد أجمعنا على تبديل ذلك.

❊ **والجواب**: هو أن هذا غير صحيح؛ لأنه ما زاد على الثلث مجمع على تركه وبقي التفصيل على حاله كما كان.

والقياس: هو أنهما وصيتان صدرتا عن الموصى في ماله على التفصيل، فوجب قسمتها على التفصيل. أصله إذا أجاز الورثة الكل.

وقياس آخر: وهو أنهما وصيتان لو نقصتا على الثلث قسمتها على التفصيل، فإذا زادتا وجب قسمتها على التفصيل. أصله إذا كانتا مرسلتين مثل أن يقول لفلان مائة ولفلان مائتين وكان ذلك قدر الثلث، فإن ذلك يقسم على التفصيل، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في ذلك أنه إذا بلغ ثلث ماله ذلك القدر أو أكثر منه، فإنه

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦١/٤، ٣٦٢ ـ النوادر: ٣٥٣/١١، ٤١٣ ـ التفريع: ٣٢٧/٢.

(٢) انظر: الأم: ٢٢٨/٥ ـ الحاوي الكبير: ١٩٨/٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٨.

يجوز ذلك، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لا يملك أكثر من الثلث.

⚜ **والجواب:** هو أنكم لا تقيدون ذلك، لأنه لو لم يكن له وصارت جاز أن يتصدق بجميع ماله عندكم فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقياس آخر: وهو أنهما وصيتان لو كانتا مرسلتين قسمتا على التفصيل فإذا كانتا مقيدتين قسمتا على التفصيل، أصله إذا أوصى بالسدس أو الثمن، وبيان ذلك؛ أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدره النصف، وأوصى لعمرو بخمس مائة وقدرها الربع لاقتسما الثلث، إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، فكذلك في مسألتنا مثله.

واستدلال في المسألة: وذلك أن الشركاء يقتسمون المال عند تكامله على التفصيل، فكذلك أيضا يجب أن يقتسموه عند تضييقه على التفصيل كالورثة، كذلك الغرماء، وكذلك في مسألتنا يجب أن يكون مثله.

❊ **واحتج بأن قال:** لأن الزيادة على الثلث لا تملك ذلك بحال، فلا تصح الوصية فيه أصله إذا أوصى بالثلث وبمال الأجانب. والذي يدل على أنه لا يملك الثلث، ما روي أن رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»[1].

⚜ **والجواب:** هو أن مال الأجانب إنما يلزم فيه الوصية لأنه لا يملك ذلك، وههنا هو مالك لثلث ماله وقد قصد التفصيل بذلك فلا يبطل غرضه وقصده في ذلك، وأما الخبر فكذلك نقول، وأنه لا يملك إلا الثلث.

❊ **قالوا:** ولأن الزيادة على الثلث لغو، فوجب أن لا يلتفت إليه، ويكون

---

(١) تقدم تخريجه.

كأنه إنما لو أوصى لهما بثلث ماله، فوجب قسمة ذلك بينهما بالسوية كما لو ابتدءا بذلك.

❁ **والجواب**: هو وإن كان أقوى في حقه إلا أن ذلك حقيقة في حق الموصى له، فوجب أيضا له الرجعة، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

وله أن يشتري ابنه بما يكون قدر الثلث[١].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن له ||[٢٤٤ب] التصرف في الثلث ويرثه لأنه يعتق عليه وهو حي.

وقال محمد بن مسلمة: يجوز أن يشتريه بكل ماله اعتبارا باستلحاقه[٢].

وكان الشيخ أبو بكر الأبهري رحمه الله تعالى يقول: في توريث ابنه نظر[٣].

وإنما قال ذلك، لأن في ذلك إخراجا لورثته عن الميراث بعد ثبوت سببه لهم.

❁ **مسألة:**

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال. وكذلك لو كان له اثنان فوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، وعلى هذا ينظر كم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به. وهذا كله إذا أجاز الورثة الوصية[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٢٧.

(٢) انظر: النوادر: ١١/٣٦٤ ـ عقد الجواهر: ٣/٤١٨.

(٣) انظر: عقد الجواهر: ٣/٤١٨.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٧٦ ـ النوادر: ١١/٥٤٥ ـ التفريع: ٢/٣٢٧.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجعل الموصى له كأنه ابن آخر واحد مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث[1].

ودليلنا هو: أنه إذا قال وصيت لك بمثل نصيب ابني أو أحد ابني فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه، فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلوما مقدرا قبل الوصية ليصح العلم بقدرها منه، ومتى علقنا بمعرفة المحال عليه على مقدار الوصية تناقض واستحال، لأن الوصية معلقة عليه، ويصير هو معلقا على الوصية، فيكون ذلك جعل الشيء شرطا لما هو شرط له فلا يصح.

فإذا ثبت ما قلناه؛ فلأنه أوصى له بقدر معلوم، فوجب الوفاء به مع الإجازة، أصله إذا قال له ادفعوا إليه عبدا أو ألفا فإنه يدفع إليه ذلك فكذلك في مسألتنا.

ولأنه لو أوصى لزيد بألف قال ويعطى عمرو مثل ذلك أو مثل نصيب زيد، فإنه يعطى عمرو مثل نصيب زيد، فكذلك إذا قال مثل نصيب ابني ونصيب ابنه الكل، فإنه يجب دفع لك إليه.

❊ **واحتج** بأن قال له الموصى له فرع والابن أصل، والوصية محمولة على نصيب الابن فتحتاج إلى تصحيح نصيب الابن نصيبا ويحمل عليه.

❊ **قالوا:** فإذا جعلنا ذلك وصية بكل المال لم يصح ذلك، لأنه لا يبقى للابن نصيب، فنجعله في التقدير كأنه قال بمثل نصيب ابني إن كان الموصى له وارثا معه.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٧ ـ بدائع الصنائع: ٣٤٦/٧ ـ الأم: ١٨٧/٥، ١٨٨ ـ الحاوي الكبير: ١٩٦/٨، ١٩٧.

❁ **والجواب**: هو أن هذا كله هو الحجة عليكم ؛ لأنه إذا كان الابن أصلا ، وكان المال كله له إذا لم تكن وصية ، فإذا قال مثل نصيب ابني ، فإنما هو نصيبه الذي جعل له قبل الوصية ، فهذا هو الأصل ، ويمنع أن يكون الموصى له كل المال ، ويكون تقدير الكلام كأنه قال: نصيب إذا لم يشركه فيه أحد فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❁ **قالوا**: ولأن الوصية مقدمة على الميراث ، لأن الميراث يستحق بعدها فإذا لم يحصل للابن شيء من |[٢٤٥أ] الميراث فلم تتقدمه الوصية.

❁ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأنه إذا قال مثل نصيب ابني ولا ابن له غيره فهذا معلوم أن المال كله له ، فإذا حاز الابن ذلك علمنا أن جميع ذلك المال للموصى له ، لأن ذلك قد جعله قدرا معلوما كما لو قال أعطوا زيدا درهما وعمرا مثل نصيب زيد فإنه يعطى مثل ذلك ، وإنما كان كذلك ؛ لأن نصيب زيد قدر مقدر ونصيب عمرو مثله كذلك نصيب الابن قدر مقدر ، وأنه جميع المال ، فيجب دفع ذلك له للموصى له ميراثه ، ولأنه قد جعل ذلك مثلا لأنه معلوم عنده أن ابنه يأخذ جميع المال فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وإذا أوصى لزيد مثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ، ثم أعطى جزءا واحدا منها ، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث ، ومثال ذلك ، أن يكون قد ترك بنتين ذكورا وإناثا من نوع واحد كالبنتين والبنات أو الزوجات والجدات والإخوة والأخوات أو غير ذلك ، فإنه يعطى السدس.

وإنما قلنا ذلك ، لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل ، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس لأنه أولى(١).

(١) انظر: المدونة: ٣٧٦/٤ ـ النوادر: ٥٤٥/١١ ، ٥٤٦ ـ التفريع: ٣٢٧/٢.

مسألة:

وإذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب، كل ذلك سواء.

وقد اختلف أصحابنا في مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزاد على الثلث، فمن أصحابنا من قال: يعطى الثُّمن، ومنهم من قال: يعطى السُّدس، ومنهم من قال: ينظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة، والضرب إن احتيج إليه، فيعطى سهما منه قلت السهام أو كثرت[1].

وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد عن السدس فيكون له السدس[2].

وقال الشافعي: يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير تقدير[3].

والدليل على وجوب التقدير؛ هو أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير.

والدليل على ذلك، هو أنه يقال هذا المال بين بني فلان على كذا وكذا جزء أو سهم أو نصيب، فإذا ثبت ذلك فكأنه وصى له مقدارا واحتمل التقدير، فيجب أن يطلب ما هو أولى ما يكون أراده، ومتى وكلناه إلى مستند الورثة زال التقدير، وصار كأنه قال، وصيت له بشيء فوجب الرجوع إلى ما قلناه.

فإذا ثبت ما ذكرناه؛ فوجه القول أنه يعطى الثمن، هو أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل، لأن ذلك متحقق، وما زاد عليه مشكوك فيه، لإمكان أن يجوز أنه أراد بذلك وإمكان أنه أراد ذلك، فلم يجز أن

---

(١) انظر: النوادر: ١١/٥٤٩، ٥٥٠ ـ الكافي: ٥٤٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٧ ـ مختصر القدوري: ٤/١٧٦.

(٣) انظر: الأم: ٥/١٨٩ ـ مختصر المزني: ١٤٣.

يدفع إليه ||[٢٤٥ب] بالشك.

ووجه القول أنه يعطى السدس؛ وهو قول أبي حنيفة، ما روي أن رجلا وصى بسهم من ماله، فسأل رسول الله ﷺ فقال عليه السلام: «يعطى السدس»[1]. فهذا يدل على ما ذكرناه.

وقد روي أنه قال: «يسهم»، عبارة عن السدس مع مكانه من الغلة وفضله، فوجب الرجوع إليه في ذلك.

ولأن أصل حساب الفرائض السدس، ومنه نقول لأنه أقل السهام في الأصول بخلاف الثمن، لأنه ليس بأصل، وإنما هو سهم مستحق ما يجب عن أصل الفرض، فوجب حمله على ذلك، فلا يلزم ما قلناه النصيب والحظ والجزء، لأن ذلك عندنا بمنزلة السهم على الاختلاف الذي ذكرناه عن أصحابنا.

❊ **واحتج** الشافعي بأن قال: لأنه لفظ لا يتقدر في الوصية، أصله النصيب والحظ والجزء.

❊ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح إلا بالإسلام، لأن ذلك اللفظ لا يتقدر في الإقرار، لأنه لو قال له علي مال عظيم، فإن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك، فمنهم من قال: إن كان من أهل الورق يلزمه مائتا درهم وإن كان من أصحاب الغنم لزمه أول نصاب، ومنهم من قال: تلزمه الدية[2].

فأما الأصل؛ فغير مسلم، لأنه لا يفرق الحكم فيه عندنا بين النصيب والجزء والحظ، فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه إذا قال سهم مالي فإنه يحتمل النصف والثلث والسدس

---

(١) لم أجده فيما عندي من مصادر.

(٢) تقدم الكلام فيها في باب الإقرار.

وأقل من ذلك إلى ما لا نهاية له فإذا كان كذلك وجب أن يحمل على أقل ما بينا وله الاسم.

❁ **والجواب**: هو أن هذا هو الحجة عليكم، وذلك أنه سهما فقد أشار إلى سهم ما وجب أن يطلب في ماله أقل سهم فيدفع إليه، ويحمل اللفظ على مقتضاه ومعناه فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

ويحمل اللفظ على مقتضاه، فوجه القول أنه يعطى سهما مما انقسمت عليه الفريضة بالغا ما بلغت هو أنه لما قال سهما من مالي أو جزءا كان راجعا إلى أجزاء ماله وسهامه، فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفرائض، وهذا وجه صحيح جيد على ما قال هذا القائل من أصحابنا.

فَصْل

والوصية في الصحة والمرض سواء[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنها تنفذ بعد الموت وليست بلازمة وله الرجوع فيها متى شاء إلا التدبير، وإنما كان كذلك لأنه إيجاب في الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه، وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل في المرض.

فَصْل

ويجوز وصية السفيه المحجور عليه لتدبير ماله[2].

|[٢٤٦أ] وإنما قلنا ذلك: لأنه إنما منع منه السفيه من إخراج ماله على غير

(١) انظر: التفريع: ٢٣١/٢ ـ الكافي: ٥٤٧.

(٢) انظر: الموطأ: ٣٠٩/٢ ـ المدونة: ٣٤٥/٤ ـ النوادر: ٢٦٢/١١ ـ التفريع: ٣٢٥/٢ ـ الكافي: ٥٤٥.

عوض خوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته، والفقر مأمون عليه في تلك الحالة فلا يبقى مانع من ذلك.

فَصْلٌ

وتصح وصية المجنون في حال إفاقته[1].

وإنما قلنا ذلك: لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالذي لا يعرفه الجنون.

مسألة:

عندنا تصح وصية الصبي المميز الذي يعقل القرب وإن لم يكن بالغا[2].

وبه قال الشافعي في أحد قوليه[3].

وقال أبو حنيفة: لا تصح وصيته[4].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولم يفصل بين أن يكون صغيرا أو كبيرا فهو على عمومه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم»[5]، ولم يفرق بين الكبير والصغير.

وروى عمرو بن سليم الزرقي؛ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «سئل عن غلام يفاع من غسان لم يحتلم، أوصى لبنت عم له، وله عشر سنين وله وارث ببلد

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/٣٠٩ ـ المدونة: ٤/٣٤٥ ـ النوادر: ١١/٢٦٢ ـ التفريع: ٢/٣٢٥ ـ الكافي: ٥٤٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٤٥ ـ النوادر: ١١/٢٦١ ـ التفريع: ٢/٣٢٥.

(٣) انظر: المهذب: ٣/١٨٧ ـ الحاوي الكبير: ٨/١٨٩.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٦١ ـ بدائع الصنائع: ٧/٣٣٢.

(٥) تقدم تخريجه.

آخر، فأجاز عمر وصيته»[1]. واليفاع حدث السن، ولو اقتصر على ذلك فهم منه ذلك؛ فكيف وقد قال لم يبلغ، فدل على ما ذكرناه.

والقياس: هو أنه عاقل عارف ونحوه القرب فصحت وصيته أصله البالغ، ولأنه مميز حجر عليه لأجل مصلحة نفسه فصحت وصيته، أصله إذا حجر عليه لا يحل السفه، ولا يلزم عليه المحجور عليه لأجل الفلس.

❊ **قالوا:** المعنى في ذلك أنه يجوز له البيع، وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب:** هو أنه ممنوع من ذلك، ولأن الصبي إنما منع من البيع والشراء لئلا يغبن ويخرج ماله فيما لا فائدة له فيه، والوصية بخلاف ذلك، لأنه خيف عليه في ذلك، لأنه إن أفاق من مرضه الذي فيه رجع في ذلك، وإن مات من مرضه رفعت له بذلك الدرجات وحسنت بذلك له الحسنات، ولا يخاف عليه الفقر بعد ذلك فدل على ما ذكرناه.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة فذكر الصبي حتى يحتلم، والمجنون والنائم»[2].

⚜ **والجواب:** هو أنه عليه السلام إنما أراد بذلك رفع المأثم، وهذا من القرب وهو ممن يعقل ذلك فوجب أن يصح منه.

❊ **قالوا:** ولأنه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال: «لا تصح وصية الصبي»[3].

---

(١) أخرجه مالك في باب جواز وصية الصبي والصغير والمصاب، ر: ٢٢١٦، ٢/٣١٠، وابن أبي شيبة في المصنف، باب من قال تجوز وصية الصبي، ر: ٣١٤٩٣، ١١/١٨٣. والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في تدبير الوصي، ١٠/٣٠٧، والحديث منقطع، لأن عمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر، انظر: البدر المنير: ٧/٢٨٤.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، باب من قال: لا تجوز وصية الصبي حتى يحتلم،=

⚜ **والجواب**: هو أن قول عمر ﷺ أولى ؛ لأنه حكم بذلك ، فلم يصح ما قالوه.

ويحتمل أن الذي قاله ابن عباس في صبي صغير |[٢٤٦ب] لا يعقل وجوه القرب ، فإن عندنا لا تصح وصيته مثل ذلك ، فنحمله على ذلك.

❊ **قالوا**: ولأنه غير مكلف فلم تصح وصيته أصله المجنون.

⚜ **والجواب**: هو وإن لم يكن مكلفا إلا أن له تمييزا وعقلا ويعرف وجوه القرب ، ألا ترى أنه يصح عندكم بيعه وشراؤه ويصح إذنه وقبول الهدية من يده ، فجاز أيضا أن تصح وصيته ، والمعنى في المجنون أنه لا تمييز له ، فلذلك لم تصح وصيته ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن له تمييزا وعقلا فأشبه البالغ.

❊ **قالوا**: ولأنه لا يصح بيعه ولا هبته فلا تصح وصيته أصله ما ذكرناه من الجنون.

⚜ **والجواب**: هو أنه إنما ملك بالبيع والهبة لأجل أنه تعين في ذلك ، وليس كذلك الوصية ، لأنه إن أفاق رجع في ماله فلم يخرج منه شيء ، وإن مات فقد أمن من الفقر ، فلم يصح ما قالوه من ذلك والله أعلم.

❖ مسألة:

عندنا تصح الوصية للمرأة والعبد والمكاتب ، وإلى عبد غيره إذا أذن سيده في ذلك[1].

وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، إلا في عبد غيره ، فإنه منع من ذلك[2].

= ر: ٣١٥٠٥ ، ١٨٦/١١ ، وابن حزم في المحلى ، ٣٣١/٩.

(١) انظر: الموطأ: ٣٦٢/٢ ـ المدونة: ٣٣٥/٤ ـ التفريع: ٣٢٦/٢ ـ الكافي: ٥٤٨

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٣٣٩/٧

وقال الشافعي: رحمه الله لا تصح الوصية إلى العبد[1].

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، فالوصية تقتضي وصيا ولم يخص وصيا من وصي، فهو على عمومه وشموله.

والقياس: هو أنه مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذ الوصية، فجازت الوصية إليه أصله الجزء، ولأنه إذا كان أمينا في نفسه فسما يتولاه مكافيا فهو كالجزء، والغرض في الوصية إيصالها إلى من جعلت له من حيث لا تبلغه ظنة ولا تهمة.

ولأن من صح أن يكون وكيلا صح أن يكون وصيا إذا كان أمينا أصله الجزء.

❊ **واحتج** بأن قال: أنه منقوص فلا تصح الوصية إليه، أصله الكافر.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا نسلم؛ لأنه إذا كان دينا مستورا أمينا فلا يضره نقصه بالرق، ولأن دين العبد ربما كان أوثق من الحر الكامل، والمعنى في الكافر أنه لا دين له ولا أمانة له، وليس كذلك في مسألتنا لأن له دينا وأمانة فهو كالحر فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا**: ولأنه لا تقبل شهادته فلا تصح الوصية منه أصله الكافر.

⚜ **والجواب**: هو وإن لم يكن من أهل الشهادة إلا أنه من أهل الدين والثقة والأمانة، والقصد من |[٢٤٧أ] الوصية إيصال ذلك الحق إلى الموصى له، وهذا المعنى قد وجد فيه فكان أهلا لذلك، وأما الكافر فإنما لم تصح الوصية منه لأنه عاشر المسلمين ومعلوم ذلك منه، ومن كانت هذه حاله لا تصح الوصية إليه، وليس كذلك العبد، لأنه أمين ثقة دين مأمون فأشبه الحر الدين فلم يصح ما قالوه.

---

(١) انظر: الأم: ٢٥٩/٥ ـ المهذب: ٧١٤/٣ ـ الحاوي الكبير: ٣٢٩/٨

❊ **قالوا**: ولأن سيده إذا أوصى إليه واستنابه في الوصية لم تزل الولاية عنه، ألا ترى أن الحاكم يبيعه إلى الأصاغر إذا احتاجوا إلى ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أنه إذا باعه الحاكم فلا تزول ولايته بل عي على ما كانت عليه، وعلى الحاكم أن يشترط على مشتريه أنه ناظر في أموال هؤلاء الأصاغر إلى أن يبلغوا، لما قصده سيده بالوصية إليه لا يزول ذلك عنه بالبيع فلم يصح ما قالوه، والله تعالى أعلم.

❊ **فإن قالوا**: ولأنه عبد فلا تصح الوصية منه إليه أصله إذا كان في الورثة بالغ.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يلزمنا هذا القياس، وإنما يلزم أصحاب حنيفة، لأن عندنا لا فرق بين أن يكون منهم بالغ أولا، والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا إذا قبل الموصى له الوصية ثم أراد تركها، لم يجز له ذلك، إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: له الرجوع في ذلك[3].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا قد عقد فعل الخير فوجب الوفاء به بما قد وجد من فعل الخير.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٤ ـ النوادر: ١١/٢٧٩ ـ التفريع: ٢/٣٢٦.

(٢) انظر: المبسوط: ٢٨/٤٧.

(٣) انظر: الأم: ٥/٢٠٦ ـ المهذب: ٣/٧١٧.

وقال النبي : ﷺ «كل معروف صدقة»[1] .

والقياس: هو أنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه ، فلم يكن له الخروج منه من غير عذر ، أصله الصوم والحج وسائر أنواع الخير .

واحتج بأن قال: لأن الوصية لا تخلوا أن تكون: وكالة أو ولاية . فإن كانت وكالة ؛ فالوكيل له أن يرجع بغير دخوله في الوكالة ، وإن كانت ولاية ؛ فلكل وال أن يعزل نفسه عن الولاية كالإمام والحاكم .

والجواب: هو أنها ولاية وقربة ، والولاية على ضروب: فإذا كانت ولاية عامة ودخل فيها محتسبا لا يمنعه من ذلك عذر تضمنت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإقامة الحدود وهو بذلك قيم وعارف وألزم نفسه ذلك ، فلا يجوز له الرجوع عن ذلك ، لأنه يلزمه ولا يحل له الخروج إذا كان يعلم أن أحدا لا يقوم مقامه في ذلك الأمر ، لأنه يتعين ذلك عليه ، فلم يصح ما قالوه والله أعلم .

مسألة:

عندنا لا تجوز الوصية | [٢٤٧ب] إلى فاسق لا يؤمن عليها ولا يقر ذلك في يده[2] .

وبه قال الشافعي[3] .

وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك[4] .

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: التفريع: ٣٢٦/٢ ـ الكافي: ٥٤٨ .

(٣) انظر: الأم: ٢٥٩/٥ ـ المهذب: ٧٥٣/٣ .

(٤) انظر: المبسوط: ٢٥/٢٨ .

ودليلنا: هو أنه ليس من أهل الولايات فلا تصح الوصية به إليه، أصله الصبي الصغير، ولأنه عير نفسه فلا تصح الوصية إليه أصله الكافر والصبي، ولأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى له، فإذا لم يكن مأمونا لم يؤمن منه إتلافها فلم تجز ولايته، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له، لأنه ليس له أن يختار على حق غيره من لا يؤمن منه إتلافه وإضاعته.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنه عاقل مكلف فصحت الوصية إليه أصله العدل.

⚜ **والجواب:** هو أن العدل إنما جازت الوصية إليه، لأنه من أهل الأمانات، وليس كذلك الفاسق. ولأن العدل نقر الوصية في يده، وليس كذلك الفاسق لأن الوصية لا تقر في يده فافترقا.

❊ **قالوا:** ولأن من صح أن يكون وكيلا صحت الوصية إليه أصله ما ذكرناه.

⚜ **والجواب:** هو أن المعنى في الوكيل أنه يجوز استدامة الشيء في يده، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما أجاز أخذ الوصية من يده دل على أنه ليس من أهل الأمانات، فلم يصح ما قالوه.

❖ **مسألة:**

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلوا ذلك من ثلاث أحوال:

إما أن ينص على الاجتماع فيقول: لا ينفرد أحدكما عن الآخر في النظر فيكون على ما قال (   )[1]، أو ينص على الجواز فيقول: وصيت إليكما وإلى كل واحد منهما، فلا خلاف في أن هذا لا يجوز أن ينظر كل واحد منهما منفردا عن الآخر، أو أن يطلق فيقول: وصيت إليكما ولا يذكر اجتماعا ولا

---

(١) في المعونة: «فيكون على ما قلناه».

انفرادا، فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع، فإنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد عن الآخر في شيء من النظر[1].

وقال أبو حنيفة: يجوز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر في ستة أشياء: تفرقة الثلث وشراء الكفن والدفن والنفقة على الأيتام والنظر فيما فيه صلاح شأن الميت ورد الودائع وقضاء الديون وكسوة الأيتام[2].

ودليلنا: هو أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد بشيء من ذلك دون الآخر، فكذلك في مسألتنا أصله الوكالة، لأنه إذا وكل شخصين لم يجز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر، فكذلك في مسألتنا.

وإن شئت قلت لأنه تصرف مستفاد بالإذن فلم يملك أحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر أصله ما ذكرناه، أو لأنه صرف وصيته إلى شخصين فلم يكن لأحدهما أن يتصرف دون الآخر، أصله ما عدا |[٢٤٨ أ] الستة الأشياء.

❊ **قالوا**: ولأنا إن قلنا إنه لا يتصرف في هذه الستة الأشياء إلا مع حضور صاحبه، لأدى ذلك إلى الضرر بالميت، لأنه لا بد من تعجيل شراء كفنه ودفنه ومواراته وقسمة ثلثه والنفقة على ولده، وربما كان أحدهما غائبا، فلو قلنا إنه ينظر لأدى إلى الفساد العظيم وهذا ما لا خفاء به.

❊ **والجواب**: هو أن ما قالوه ناذر وليس بغالب، وأن يتعذر ذلك أقام الحاكم معه آخر ينظر عن الغائب على وجه النيابة عنه في ذلك، وعلى أن ما قالوه، ينكسر بالوكيلين فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣٢ ـ التفريع: ٢/٢٣٢ ـ الكافي: ٥٤٨.

(٢) انظر: المبسوط: ٢٨/٢٠.

فَصْلٌ

وللرجل أن يوصي بثلثه إلى رجل وبولده إلى رجل آخر[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها أو في بعضها وكيلا واحدا أو وكلاء عدة. وإذا أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو أنت وصيي، فهو وصيه في جميع الأشياء، من قضاء ديونه وتزويج بناته والتصرف في ثلثه، فتلك وصية صحيحة[2].

وأما إن قال: أنت وصيي في قضاء ديوني أو قال في تزويج بناتي وعين له ذلك، غير أنه لم يقل له فلا يكون وصيا في غير ذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله في ذلك:

فروى عنه عبد الله بن عبد الحكم[3]: أنه يكون وصيه في كل شيء[4].

وبه قال أبو حنيفة[5].

وروى ابن القاسم عنه: أنه يكون وصيه فيما عين له دون مالم يعين له[6].

وبه قال الشافعي[7].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣١ ـ المختصر الكبير: ٣٤٢ ـ التفريع: ٢/٢٣٢..

(٢) انظر: المدونة: ٣/٣٣١ ـ النوادر: ١١/٢٧٦.

(٣) عبد الله بن عبد الحكم بن أَعْيَن بن الليث أبو محمد القرشي الأموي مولاهم، المصري الفقيه، صديق الإمام الشافعي. سمع من مالك بن أنس، والليث. روى عنه بنوه: محمد، وعبد الرحمن، وسعد، وعبد الحكم، كما روى عنه ابن المواز. وكتابه المختصر الكبير اختصر فيه أسمعته، ويقال: إنه نحا به اختصار كتب أشهب، والمختصر الأوسط، والمختصر الصغير. توفي سنة ٢١٤هـ. الجمهرة: ٢/٧١٩ ـ ٧٢١، ر: ٦٥٦.

(٤) انظر: المختصر الصغير لابن عبد الحكم: ٥٠٨، المختصر الكبير: ٣٣٤.

(٥) انظر: المبسوط: ٢٨/٢٦.

(٦) انظر: النوادر: ١١/٢٧٧ ـ عقد الجواهر: ٣/٤٢٩.

(٧) انظر: الأم: ٥/٢٦٠ ـ الحاوي الكبير: ٧/٣٣٦.

فالدليل على أنه ينظر في الكل ، هو أن قوله أنت وصيي لفظ عام ، فوجب أن يحمل على عمومه وشموله مالم يخصه دليل آخر ، أصله عموم صاحب الشريعة .

ولأن الوصية ، ولاية بعد الموت فوجب أن تقتضي العموم بإطلاقها أصله ولاية الحاكم .

ولأن الإمام إذا قال للحاكم قد وليتك أو قد جعلتك حاكما ، فإن ذلك يصح وإن لم يخص له جميع ما يحكم فيه ، فكذلك في مسألتنا مثله .

وقد قيل : إنه عقد انتقل إليه بموت الأب فملك التصرف العام ، أصله الجد .
ولأن المال لا بد له من ناظر فمن جعل إليه في بعضه جاز أن ينظر في الكل .

ووجه ما قاله ابن القاسم والشافعي : هو أنه أذن له في التصرف الخاص فلا يملك به التصرف العام أصله الوكيل ، أو لأنه تفويض خاص فلا يملك به التصرف العام أصله ما ذكرناه .

والجواب: هو أن المعنى في الوكالة أنه يتصرف في ذلك بوكالته في حال الحياة ، فلذلك لم يملك التصرف العام ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه لا يتصرف بتوليته بعد الموت فملك التصرف العام كما ذكرناه في الجد | [٢٤٨ ب] وفي الحاكم فكان رده إلى ذلك أولى من رده إلى الوكيل ، لأنه أشبه بذلك والله أعلم .

مسألة :

وإذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل له ليس لك أن توصي فله أن يوصي بما أوصى إليه بموته[1] .

---

(١) انظر : المدونة : ٤/٣٣١ .

وبه قال أبو حنيفة[١].

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، وله قولان إذا أذن له في ذلك: فقال مثل قولنا، وقال لا يجوز ذلك[٢].

وبه قال أحمد بن حنبل[٣].

ودليلنا: هو أن الوصية ولاية تثبت بالموت فجاز له الوصية، أصله الحاكم يجوز له أن يولي من شاء فكذلك في مسألتنا مثله.

وكذلك ولاية الجد لما حصلت له بموت الأب، كان له أن يوصي إلى من شاء، كذلك في مسألتنا مثله.

ولأن الوصية معنى يملكه الموصى إليه إذا نص له عليه، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية أصله سائر الحقوق التي يوصى فيها، ولا يلزم عليه الوكالة لأن تلك ولاية، وهذه تولية.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنها ولاية بتولية فلا يملك نقلها من غير إذن. أصله الوكيل، ولا يجوز له أن يوَكِّل فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **والجواب**: هو أنه لا يجوز اعتبار الوصية بالوكالة، وذلك أن الوكالة تبطل بالموت وهذه الولاية تصح بالموت فلا يجوز الجمع بينهما، والثاني هو أن الوكيل يترقب العزل في كل الأوقات من جهة موكله وليس كذلك في مسألتنا لأن هذه الولاية قد استقرت، ومن استقر له حق جاز له أن يستنيب فيه غيره، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

---

(١) انظر: المبسوط: ٢٨/٢٦.
(٢) انظر: الأم: ٥/٢٦٠ ـ الحاوي الكبير: ٧/٣٣٧.
(٣) انظر: المغني: ٨/٥٥١.

فَصْلٌ

ويجوز أن يعفوا الرجل عن قاتله عمدا، ولا يجوز ذلك في الخطأ[1]، إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل من ذلك. وإنما فرقنا بين العمد والخطأ؛ لأن الواجب يقتل العمد القود وليس في ذلك إخراج مال عن الورثة، والواجب بقتل الخطأ المال وليس له في المال إلا الثلث، فلذلك قلنا ذلك.

مسألة:

عندنا تصح الوصية للقاتل عمدا أو خطأ[2].

وبه قال الشافعي: في أحد قوليه[3].

وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك[4].

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[5]. فدل على أن الوصية للقاتل جائزة.

والقياس: هو أنه ليس بوارث فصحت له الوصية ما ذكرناه.

ولأن كل من صحت الوصية إذا لم يكن قاتلا صحت الوصية له وإن كان قاتلا، أصله الصبي والمجنون.

---

(١) انظر: المدونة: ٣٤٧/٤ ـ التفريع: ٣٢٣/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤٣٧/٤ ـ التفريع: ٣٢٣/٢ ـ الكافي: ٥٤٥ ـ ٥٤٦.

(٣) انظر: المهذب: ٧١١/٣، ٧١٢ ـ الحاوي الكبير: ١٩١/٨.

(٤) انظر: المبسوط: ١٧٦/٢٧ ـ بدائع الصنائع: ٣٣٩/٧.

(٥) أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث، ر: ٢٧١٢، ٢٧١٣، ٩٠٥/٢؛ والدار قطني في الفرائض، باب لا وصية لوارث، ر: ٤١٥١، ١٧١/٥، والبيهقي في الكبرى، باب نسخ الوصية للوالدين، ٢٦٤/٦، وقال البيهقي: روي من أوجه ضعيفة، وانظر: البدر المنير: ٢٦٥/٧ وما بعدها.

أو لأنه نوع تمليك أصله البيع ، أو لأنها هبة فلا يمنع منها القتل ، |[٢٤٩أ] أصله حال الحياة ، أو لأنه تمليك فصح في القاتل أصله إسقاط الحقوق.

واستدلال ؛ وذلك أن القاتل إنما يمنع من الميراث لأنه يتهم أن يكون أراد بذلك استعجال أحد مال موروث له ، فمنع لأجل ذلك ، وهذا المعنى معدوم في مسألتنا ، لأنه إن قبله قبل الوصية فلا تصح الوصية ، وإن كان بعد الوصية فله الرجوع في ذلك.

❊ **واحتج** بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لقاتل»[1].

⚜ **والجواب:** هو أن هذا الخبر غير معروف فلا يصح الاحتجاج به ، وعلى أنه لو صح ؛ لحملناه على وجه صحيح ، وهو أنه أراد بذلك الميراث ، لأنه قد يعبر عن الوصية بالميراث ، ألا ترى أنه قال ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١] ، وأراد بذلك الميراث وعبر عنه بالوصية ، فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا:** ولأنه نقل ملك بعد الموت فوجب أن يمنع منه القتل أصله الميراث.

⚜ **والجواب:** هو أنا لا نسلم ؛ لأن عندنا يجوز ذلك بعد الموت ، لأنه لو وصى لميت بشيء من ماله صح ذلك ، والثاني هو أنه يبطل بأم الولد إذا قتلت سيدها ، فإنه ينقل ملك يلزم بعد الموت ، لأنها تعتق بعد موته ، ويبطل بما إذا كان له عليه ديون فقتله فإنه ينتقل الملك إليه ، وعلى أن المعنى في الميراث إنما

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى ، ما جاء في الوصية للقاتل ، ٦/٢٨١ ، وأخرجه في الصغرى ، من طريق مبشر بن عبيد ، عن حجاج ، عن عاصم ، عن زر ، عن علي مرفوعا: «ليس لقاتل وصية» وقال البيهقي: إنه باطل لا أصل له ، ومبشر بن عبيد منسوب إلى الوضع. السنن الصغرى ، ٥/٦٢.

منع منه لأجل التهمة، لأنها تستعجل المال قبل وجوبه، فحرمه في وقته، وليس كذلك في مسألتنا لأنه أجنبي منه، فلم يمنع من الوصية لأنه لا يتهم في ذلك فافترقا.

❊ **قالوا**: ولأن الميراث أوسع من الوصية، لأنه يدخل في ملكه شاء أو أبى، والوصية لا تدخل في ملكه إلا بالإيجاب والقبول. ثم ثبت وتقرر أن ذلك يمنع من الميراث فكان في الوصية أولى أن يمنع.

⚜ **والجواب**: هو أنه يلزم عليه البيع، لأنه أضيق منها ومع ذلك لا يمنع القتل منه، فبطل ما قالوه، والله أعلم.

فَصْلٌ

إذا قتله الموصى له عمدا بطلت وصيته، إلا أن يعلم بقتله فيقره عليه. وأما إن قتله خطأ، فإنه لا تبطل وصيته[1].

وإنما قلنا ذلك، لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد. أصله الميراث، أو أنه لا يبطل بقتل الخطأ. أصله ما ذكرناه من الميراث.

فَصْلٌ

ولو وصى لرجل بجزء من ماله والآخر بدنانير مسماة وضاق الثلث عن الوصيين، ففيها ثلاث روايات عن مالك رحمه الله تعالى:

البداية بالجزء على التسمية، والثانية: البداية |[٢٤٩ب] بالتسمية على الجزء، والثالثة: أنهم يتحاصون بقدر وصاياهم[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٣٤٧/٤ ـ النوادر: ٥٧٥/١١ ـ التفريع: ٢٢٣/٢ ـ الكافي: ٥٤٥، ٥٤٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣٦٣/٤ ـ التفريع: ٣٢٨/٢.

فوجه الرواية الأولى: أن التجزئة آكد من التسمية في الأصول، لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو أوصى بألف درهم فتلف المال إلا ألفا لم يستحق الموصى له إلا قدر ثلثها، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك الجزء مستحقا على كل وجه فيما يبقى بعد التلف، أعني أن يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه إن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار إن كان كيلا مسمى يعتبر فيه قدر الثلث، وإن كان جزءا فما سمى، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية كانت آكد فقدمت عليها.

ووجه الثانية: أن التسمية آكد بالنص على مقدارها بخلاف التجزئة.

ووجه الثالثة: هو أنها جهة تستحق بالوصية فلم يكن أحدهما أولى من الآخر، فلم يبق إلا التحاصص بذلك.

فَصْلٌ

وإذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصى به بطلت الوصية، وإنما قلنا ذلك، لأن المعين يبطل الحق بتلفه، كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتراه بعينها إذا ماتت انفسخ الكراء في ذلك[1].

فَصْلٌ

وأما إن تلف ثلثا تلك العين، فالثلث الباقي للموصى له بحمله ثلث كل المال.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين، فوجب أن يستحقه، كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٢١ ـ التفريع: ٢/٣٢٨ ـ الكافي: ٥٥٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٢٣ ـ التفريع: ٢/٣٢٨.

فَصْلٌ

وأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع وما يموت عنه فإنه لا يتعين في شيء بعينه، وذلك أن يقول ثيابي لفلان فإن له ما يموت عنه من ثياب، سواء كانت الثياب التي يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها فالحكم في ذلك سواء[1].

مسألة:

عندنا إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية، فتقضى منها ديونه وزكاته وكفاراته إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه من ذلك [شيء][2]، كان جميع ذلك لورثته[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تصح الوصية له[4].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولم يخص حيا من ميت.

وقال تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَ مَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ [البقرة: ١٨١].

والقياس: هو أنه آدمي فصحت الوصية له أصله الحي، وإن شئت قلت: لأنها إحدى حالتي الآدمي فصحت الوصية له. أصله حالة الحياة، ولا يلزم عليه إذا لم يعلم بموته لأن الغرض بهذا القياس إلحاق أحد النوعين بالآخر، وقد

(١) انظر: التفريع: ٢/٣٢٨ ـ الكافي: ٥٥٢.
(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من المعونة: ٣/١٦٣٤.
(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٧٧.
(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٧ ـ المهذب: ٣/٧١٣ ـ الحاوي الكبير: ٨/١٩٣.

صح ذلك، لأن الغرض بالوصية نفع الموصى له |[٢٥٠أ] على وجه يصح من الموصى قصده، وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصي له، فتارة يكون ذلك بالتمليك كالحي، وتارة يكون بغيره، كالوصية للمسجد والقنطرة والجسر وما أشبه ذلك.

فإذا أوصى لمسجد، فقد علم أنه يريد بذلك تمليكه، وإنما أراد صرف الوصية في مصالحه، وكذلك القنطرة والجسر، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم بموته، فإنما قصد بذلك الوصية في وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه ديون قضيت من ذلك، وإلا كان جميع ذلك لورثته أو يصدق بها عنه، لأنه أراد ذلك أن يكون له كماله، ولأن الوصية قد تصح لمن لا روح فيه في الحال، ولمن لم يخلق كما يوصي لولد ولد فلان الذي يأتي وهو بمعدوم لأنه لا روح فيه في الحال لا يعلم هل يكون أم لا.

❊ **واحتج** بأن قال: لأنها وصية لميت فوجب أن لا تصح أصله إذا أوصى له وهو يعلم حياته ولم يعلم بموته.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن يكون وصية لميت ومع ذلك يصح، ألا ترى أن سائر الجمادات هي أيضا أموات، ومع ذلك تصح الوصية بها مثل المساجد والقناطر والجسور وغير ذلك، فلا أقل من أن يكون هذا الميت جمادا مثل هذه الأشياء، فإذا صح ذلك فيما ذكرناه كان في الميت أولى وأحرى.

وأما المعنى في الأصل؛ وهو إذا علم كونه أنه حي إنما قلنا إن الوصية لا تصح له، لأنه قصده في نفسه في ذلك ولم يقصد سواه، وليس كذلك إذا علم أنه ميت فإنه يقصد بذلك ما يصير به إلى الميت من قضاء ديونه أو كفاراته أو يصير ذلك إلى ورثته فافترقا لأجل ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الوصية عقد تفتقر إلى الإيجاب والقبول، فوجب أن يصح مع الميت أصله البيع.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا قال: ثلث مالي لولد زيد أو عمرو، ولكل مولود بولد لفلان، أو داري وقف على عقب فلان فإن ذلك يصح، وإن كان ما وجد القول من هؤلاء الذين لم يخلقوا بعد فلم يصح ما قالوه، وكذلك إذا قال داري وقف على الفقراء والمساكين، فإن ذلك لا يحتاج إلى إيجاب وقبول من جهتهم، فكذلك في مسألتنا مثله.

والمعنى في البيع أن إنما افتقر إلى الإيجاب والقبول لأنه من المعاوضات المحضة، وليس كذلك في مسألتنا لأن الوصية تجري مجرى الصدقة، والصدقة لا تفتقر إلى قبول من جهة من يتصدق عليه، ألا ترى أنه لو أعتق عبده نفذ، لم يفتقر إلى قبول العبد قَبِلْت ذلك، فافترقا لأجل ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الميت لا يتقيد بشيء، |[٢٥٠ب] فلو جوزنا الوصية له جعلنا ابتداء ملك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن في هذا تنازعنا، فإنه يجوز أن يبدأ بذلك كما يجوز في حال حياته فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا**: ولأن الميراث أقوى من الوصية فإذا لم يرث فلان لم تصح الوصية له أولى من ذلك.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الميراث جعله الله تعالى للحي من الميت، ولم يحرم الميت من صرف ثلثه فيما يريده، ألا ترى أن ورثته يرثون عنه الثلثين ولا يرثون عنه الثلث الذي وصى به لعقب فلان في بناء القناطر والمساجد وصرفه إلى الفقراء والمساكين، يجب صرفه في ذلك، فكذلك في

مسألتنا مثله، لما جعل ذلك إلى الميت، وإنما أراد بذلك نفعه فوجب صرفه في ذلك فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

وإذا أوصى لقرابته ففي القرابات يكون الأقرب فالأقرب، فأقربهم الآباء والأبناء(١).

وقال أبو حنيفة: لا يدخل الولد ولا الوالد في ذلك(٢).

ودليلنا: هو أنه قريبه فدخل في الوصية أصله الأخ، ولأن من المحال أن يكون الأخ قريبه، والأب والابن غير قريب منه، ولأن كل من دخل في الأمان جاز أن يدخل في عقد الوصية أصله الأخوة، ولأنه لو أخذ الأمان على أقاربه لكان الأب والابن يقدمان في ذلك، فكذلك الوصية مثل ذلك.

واحتج بأن قال، قال الله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فوجه الدليل منه، أنه تعالى فرق بينهما فدل على أنهما ليسا بأقربين.

والجواب: هو أنه تعالى فرق بينهما تشريفا لهما كما قال تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]، ومعلوم أنه تعالى أفردهما وكررهما تشريفا لهما بذلك، فكذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأن الإنسان لا يقول في أبيه وابنه هذا قرابة لي، وإنما يقول هذا ابني وهذا أبي.

والجواب: هو أنه يبطل بالأخ فإنه لا يقول فيه هذا قرابتي، وإنما يقول هذا أخي، ومع ذلك فإنه يدخل في الوصية فالابن والأب بذلك أولى.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٧٦ وما بعدها. ـ النوادر: ١١/٥٣٣ ـ المنتقى: ٨/١٣٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٧/٣٥٠.

فَصْلٌ

وأما إذا قال في أهلي: فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله:

فروي عنه أن ذلك يكون في العصبة دون غيرهم، إلا أن يعلم بذلك أنه أراد ذوي الأرحام.

وروي عنه أنه قال: يدخل في ذلك العصبة وذوو الأرحام ممن لا يرثه من بني العمات والخالات[١].

فوجه الرواية الأولى: هو أن الأصل هم العصبة ||[٢٥١أ] على الإطلاق، لأنهم الذين يعقلون عنه ويملكون الولاية في النكاح والصلاة على الجنائز وغير ذلك من الولايات.

ووجه الثانية: هو أن اسم القرابة فللأهل يشكل كل من مسه رحم وهذا أصح من الأولى.

مسألة:

عندنا إذا أوصى لقرابته لم يدخل ولد البنات في ذلك، وكذلك إذا أوصى لعقبه، فإن ولد البنات ليس بعقب[٢].

وقد قال بعض أصحابنا: وهو عمر بن[٣] عمر[٤] المعروف بابن القضاة:

---

(١) انظر: النوادر: ١١/٥٣٦، ٥٣٧ ـ العتبية مع البيان: ١٣/٢٩٦.

(٢) انظر: النوادر: ١١/٥٣٣ ـ المنتقى: ٨/١٣٣ ـ العتبية مع البيان: ١٢/٤٢٨.

(٣) كذا في الأصل، وصوابه: عمر بن أبي عمر. والدليل على أن من يقول بأن أولاد البنات من العقب، ما نص عليه الباجي في منتقاه حيث قال: «قال القاضي أبو الحسن: ليس ولد البنات بعقب، وكذلك إذا أوصى لولده، قال: ومن أصحابنا القاضي أبو الحسين عمر بن أبي عمر، من قال: يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم» المنتقى: ٨/١٣٤.

(٤) هو القاضي أبو الحسين عمر بن قاضي القضاة أبي عمر محمد بن القاضي يوسف بن القاضي=

أن ولد البنات يدخلون في ذلك(١).

ويه قال الشافعي(٢).

والدليل لما قلناه: هو أنه إذا قال لولدي وولد ولدي فإضافة الولد إليه يقتضي من ينتسب إليه ويختص به، وأما أولاد ابنته فهم أولاد قوم آخرين، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَـٰدِكُمۡ﴾ [النساء: ١١]، فإن المسلمين عقلوا من ذلك ولد الصلب حسب.

والدليل على ذلك قول الشاعر:

بَنونَـــا بَنُـــو أَبنائِنـــا وبَناتُنـــا بَنُـــوهُنَّ أبنـــاءُ الرِّجـــالِ الأَباعِـــدِ

وهذا إخبار عن حقيقة الاسم لا عن مجازه.

❊ **واحتج** بأن قال: ولد البنات وإن كانوا أبناء قوم آخرين، فهم من جهة أمهم أيضا أبنا ء الجد الذي هو أبو أمهم، فهم لآبائهم أبناء ولأجدادهم إنما أمهاتهم، وليس كونهم أبناء قوم آخرين قاطعا للنسب.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا غلط؛ لأن نسب الإنسان إلى أبيه وجده لأبيه لا إلى جده لأمه، إذ لو كان ابنا لجده لأمه لجاز نسبه لأمه الذي هو أبوها كذلك في الزنا، وكان ينبغي أن يرث كما يرث ولد البنين لأنهم على زعمهم راجعون إليه فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

= يعقوب بن إسماعيل بن حماد بن زيد، تفقه على أبيه وكبار أصحاب إسماعيل، ولم يدرك عمه إسماعيل بن إسحاق، له كتاب في الرد على من أنكر إجماع أهل المدينة، وهو نقض كتاب الصيرفي، وعن القاضي أبي الحسين وأبيه أبي عمر، أخذ الشيخ الأبهري وغيره. توفي سنة: ٣٢٨ هـ ـ وعمره ٣٩ سنة. رحمه الله. الجمهرة: ٨٨٨/٢، ٨٩٠، ر: ٨٥٥.

(١) انظر: المنتقى: ١٣٤/٨

(٢) انظر: الحاوي الكبير: ٣٠٥/٧، ٣٠٦

فَصْلٌ

وإذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به، فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: الوصية فيما علم وما لم يعلم[2].

وإنما قلنا إن الوصية فيما علم به دون مالم يعلم به؛ لأن المال الذي لم يعلم به قد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية، فلم يكن له مدخل فيها، كما لو وصى بثلث دار بعينها لم تدخل الوصية في غيرها من التركة، لأنه لم يرد ذلك فكذلك في مسألتنا مثله.

فَصْلٌ

وإذا دبر عبده وله مال يعلم به ومال لا يعلم به، فالمدبر لا يخرج إلا من المال الذي به يعلم، فقد اختلفت الرواية عن مالك رحمه الله تعالى في ذلك:

فروي عنه أنه قال: إن المدبر يكون في المالين، لأنه لا يجوز له الرجوع عنه. والرواية الأخرى يكون فيما علم به[3]. وإنما قلنا ذلك لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فَصْلٌ

|[٢٥١ب] وإذا أوصى لوارث وأجنبي ولم يحز الورثة وصية الوارث، فإنهم يحاصون الأجنبي بوصية الوارث، فما حصل له رجع ميراثا وما بقي بعد ذلك فلأهل الوصايا[4].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٤٩ ـ النوادر: ١١/٣٩٧ ـ التفريع: ٢/٣١٥، ٣١٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٦٢ ـ الأم: ٤/١٩٠.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٤٩ ـ التفريع: ٢/٣١٥.

(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٦٥.

وقال الشافعي: يبطل حق الوارث[1].

وإنما قلنا إنهم يحاصون الأجنبي، لأن الميت شرك مع الأجنبي غيره في الثلث، فكأنه أعطاه الباقي عن عطية الوارث، بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبي إلا السدس، فإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فَصْلٌ

وإذا هلك الموصى له قبل موت الوصي فلا شيء له، وأما إن كانت الوصية لجماعة فمات واحد منهم قبل موت الموصي ففيه ثلاث روايات عن مالك رحمه الله:

أحدها: أنه يحاص أهل الوصايا بمقدار وصيته علم بموته أم لا، فما أصابه كان لورثة الموصى ولا شيء لورثة الموصى له.

والرواية الثانية: أن وصيته تبطل ولا يحاص أهل الوصايا فيما علم بموته أم لا.

والرواية الثالثة: أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم[2].

فوجه الرواية الأولى: هو أن الموصى قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت، فلم يستحقوا زيادة على ذلك، كما لو لم يمت، فإن كان لم يعلم فهو على القصد الأول، وإن علم فتركه إن تبين، فهو إقرار منه للأمر على ما كان عليه.

ووجه الرواية الثانية: هو أن الموصى قد صرف المال إليهم وأخرجه عن تركته، فلم يجز أن يرجع ميراثا، فإن لم يعلم فالعقد على ما كان عليه، فإن علم

---

(١) انظر: الأم: ٥/٢٣٤، ٢٣٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٧٩ ـ النوادر: ١١/٤٩٠ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٢٢٣.

ولم يعين فذلك دلالة على تبقيته إياه.

ووجه الرواية الثالثة: هو أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة، وإنما كان كذلك لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، وإذا علم فتركه يصرف المال إلى جهة أخرى رضا منه بكونه باقيا على حكم الوصية.

فَصْلٌ

وإذا أوصى له بعبد من عبيده العشرة أو ببعير من إبله أو بشاة من غنمه، فله عشرهم بالقيمة التي كان ذلك رأسا أو أقل أو أكثر[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصى له، وذلك أن الرأس من العشرة عشرها، ولا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيمة، ففي اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوي، وذلك أن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها قيمة، وليس أحدهم أولى من الآخر فلم يبق إلا [اعتبار][2] القيمة.

فَصْلٌ

وأما إن مات من العشرة ثمانية وبقي اثنان |[٢٥٢أ] فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان له خمس الباقي، ولو كان الوصية بجزء منهم فوصى لغيرهم وهم عشرة، فلهذا ثمانية وبقي اثنان فلكل عشرهما بالقيمة[3] لأن من مات كأن لم يكن فلا اعتبار به.

فَصْلٌ

ومن وصى لرجل بنفقة عمره فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

---

(١) انظر: المدونة: ٣٢١/٤ ـ النوادر: ٤٨٨/١١ وما بعدها، التفريع: ٣٢٩/٢.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من المعونة، ١٦٣٧/٣.

(٣) انظر: المدونة: ٣٢٣/٤، ٣٢٤ ـ التفريع: ٣٢٩/٢، ٣٣٠.

فروي عن مالك رحمه الله أنه يعمر سبعين سنة.

وروى عبد الملك: تسعين سنة، ثم ينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية، فتحسب له النفقة ما بقي بالاجتهاد في نفقة مثله وكسوته وسكناه، فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل ذلك على يدي وصي أو أمين، وأنفق عليه إما شهرا بشهر، أو أسبوعا بأسبوع، أو سنة بسنة على ما يؤدي الاجتهاد فيما لا يستضر به. فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقي نفقته لورثة الموصى أو لأهل الوصايا إن كان المال ضاق عن استيفائها، وأما إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء له.

وقد قال أشهب بن عبد العزيز: أنه يرجع على أهل الوصايا فيحاصهم ثانية[1].

وإنما قلنا إنه يعمر فلانا؛ لو لم يفعل ذلك لم ندر كم نعطيه، لأنا إن أنفقنا عليه أبدا إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة أضر ذلك بالورثة، لأن في ذلك حبس حقوقهم عنهم، وإن لم يعط شيئا حتى يعلم كم بقي من عمره، فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير، وإنما قلنا إنه يعمر سبعين سنة، لأن ذلك غالب التعمير، وقد روي أن النبي ﷺ قال: «أعمار أمتي بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجاوز ذلك»[2].

وأما قول عبد الملك أنه يعمر تسعين سنة، فإن ذلك الغاية في تناهي العمر، وقول مالك أصح.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٣٣٠ ـ الكافي: ٥٥٤.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الزهد، باب الأمل والأجل، ر: ٤٢٣٦، ٢/١٤١٥، والترمذي في الزهد، باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة... ر: ٢٣٣١، ٤/٥٦٦، وصححه ابن حبان والحاكم وقال على شرط مسلم. انظر: كشف الخفاء: ١/١٧١.

فَصْلٌ

ومن أوصى لمن له سبعون سنة أو ثمانون لم يكن في ذلك إلا الاجتهاد(١).

فَصْلٌ

وينفق على من ذكرناه ولا يسلم ذلك إليه دفعه واحدة. وإنما قلنا ذلك ليتم غرض الموصى، لأن غرضه امتداد الإنفاق عليه بقية عمره، فإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف في صرفها (...)(٢) غرض الموصى(٣).

فَصْلٌ

فأما إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقي النفقة لورثة الموصى(٤).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن موته سبب استحقاقها فعادت ميراثا، وذلك قوله إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه دينارا، فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثا، ولا شيء لورثة الموصى له، لأنه لو لم يكن مالكا لها فتنقل إلى ورثته، لأن الموصى أراد إيصالها إليه لا إلى ورثته.

فَصْلٌ

فأما إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء له، |[٢٥٢ ب] وإنما قلنا ذلك، لأن ذلك كالحكم الذي قد نفد فلا ينقض باجتهاد آخر.

وأما قول أشهب، فإنه يرجع على أهل الوصايا، فتحاصصهم، لأنا نتبين بقاءه بعد التعمير غلط ذلك الاجتهاد. وإذا أمكن بلا فيه وجب القود فيه، ولأنه

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٢٣٠.

(٢) كلمة لم أتبينها.

(٣) انظر: النوادر: ١١/٤٥٥.

(٤) انظر: النوادر: ١١/٤٥٥ ـ التفريع: ٢/٢٣٠ ـ الكافي: ٥٥٤.

لما كان موته قبل استيفائه يوجب رد المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه، كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها[1].

فَصْلٌ

وهذه النفقة من الثلث، وإنما قلنا ذلك؛ لأن وصية في الثلث، فكانت في الثلث كسائر الوصايا[2].

فَصْلٌ

والأمراض على ضربين:

منها ما لا يخاف عليه منه في العادة، وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحيانا، فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحبه من التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض، وما يهبه ويتصدق به نافذ من رأس ماله.

وأما الضرب الآخر: فهو المرض الذي يخاف منه ولا يؤمن ترقبه إلى الموت مثل الحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك، فهذا الذي يتعلق به حق الحجر على من وجد به ذلك فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشربة وأجرة الطبيب، ويمنع ما سوى ذلك مما يخرج على غير بذل يحصل للورثة من هبة أو صدقة، ويكون ما فعل من ذلك موقوفا على موته، فينفذ من الثلث أو على صحته فينفذ على ما بيناه[3].

وإنما قلنا في القسم الأول: أنه لا يوجب الحجر عليه، لأن الخوف إذا

---

(١) انظر: التفريع: ٢/٣٣٠ ـ الكافي: ٥٥٤.
(٢) انظر: النوادر: ١١/٤٥٥.
(٣) انظر: التفريع: ٢/٣٣١.

عدم معه لم يتعلق للورثة حق، لأن علة ثبوت الحجر عليه لهم بالخوف من الموت، لأن حضور سبب الشيء جار في المنع مجرى حضور نفسه، فإذا عدم هذا المعنى زال ما يوجب بوجوده.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحجر لا يتعلق بما يحتاج إليه، لأن حقه مقدم على حقوقهم، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما يفضل على حاجته، ولأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما يدخل في التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الموصى فحقه حال الحياة أولى.

وإنما قلنا إنه يمنع من سرف أو ما خرج عن عادة في قدر ما يحتاج إليه، لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده الورثة، فكان ذلك في معنى إضاعته وذلك ممنوع منه.

فَصْل

ولا يمنع من التصرف بالمعاوضات المعتادة في التجارة التي لا محاباة معها، كالبيع والشراء بثمن المثل والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحجر لا يجب المنع من التقلب في المال، [لأن الورثة لا يتعلق لهم حق في أعيان المال، وإنما الحق لهم في مقداره ومبلغه][2].

|[٢٥٣أ] **مسألة:**

عندنا أن الحامل إذا بلغت ستة أشهر، والمحبوس للقتل في قصاص أو حد، والزاحف في الصف، كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه في

---

(١) انظر: النوادر: ٣٧٢/١١ ـ التفريع: ٣٣١/٢.

(٢) ساقط من الأصل، وما بين العارضتين من المعونة، ١٤٤١/٣.

وجوب الحجر عليهم[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى والشافعي: له التصرف ما لم تضرب الحامل الطلق، أو يقرب المحبوس الطلق، ويتقدم الزاحف للبراز[2].

ودليلنا قوله ﷻ: ﴿فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا﴾ [الأعراف: ١٨٩].

قيل في التفسير: «ولما بلغت ستة أشهر»[3]. ولأن بعد ستة أشهر يكون ذلك أول حالات الخوف لا محالة في ذلك.

فالذي يدل عليه ما روى الأصمعي[4] قال: ولد كل حامل يركض في نصف حملها، فإذا أثقلت قيل امرأة مثقلة فإذا ضربها المخاض قيل مخضت، فإذا جاء الأثقال ليبدأ الوجل في قلب المرأة ووجدت ما لم تكن قبله تجده، وأول أثقالها ستة أشهر، لأنها حالة يجوز أن تلد فيها، ألا ترى إلى قوله ﷻ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥].

❊ **قالوا:** المراد بقوله تعالى: ﴿فلما أثقلت﴾ إذا ضربها الطلق، وإذا دخلت في الستة الأشهر لا يوجد هذا المعنى.

❊ **والجواب:** هو أن هذا غير صحيح، لأن الأصمعي قد فسر ذلك، ومثله

---

(١) انظر: الموطأ: ٣١١، ٣١٢ ـ النوادر: ٣٧٤/١١ ـ التفريع: ٢٣١/٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٩ ـ الأم: ٢٥٧، ٢٥٨.

(٣) في كتب التفسير قولهم: «فلما أثقلت أي: استبان حملها»؛ والمعنى في هذا وما ذكره القاضي متقارب. انظر: تفسير الطبري: ٣٠٥/١٣، معاني القرآن للنحاس: ١١٢/٣، تفسير الفخر الرازي: ٩٤/١٣.

(٤) الأصمعي عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن أصمع بن معن بن مالك بن أعصر، الإمام العلامة اللغوي، حدث عن شعبة ونافع بن أبي نعيم، وحدث عنه أبو عبيد ويحي بن معين وإسحاق بن إبراهيم الموصلي، تصانيفه ونوادره كثيرة، وأكثر تواليفه مختصرات، وقد فقد أكثرها. مات سنة خمس عشر ومائتين. السير: ١٧٥/١٠؛ تاريخ بغداد: ٤١٠/١٠.

من يرجع إليه في ذلك. والثاني: هو أن هذا لا يصح؛ لأن الستة الأشهر هو أول الأثقال، ألا ترى أنها حالة تلد فيها وما قبل ذلك لا يجوز أن تكون حالة الولادة فدل على ما ذكرناه، ولأن الله تعالى جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه، فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾ [آل عمران: ١٤٣]، يعني أسبابه وعلاماته، وهذا موجود في مسألتنا.

والقياس: هو أنها بلغت حد الوضع، فوجب الحجر عليها بحق الورثة أصله إذا ضربها الطلق.

❊ **واحتج** بأن قال: لأن مالم يضر بها الطلق فليس هنا ما يوجب الخوف، وكذلك مالم يقدم لضرب عنقه فلا يوجد الخوف عليه فلا يوجب الحجر.

⚜ **والجواب:** هو أن هذا غير صحيح، لأنا قد بينا أن هذه الحالة تبتدئ بالحامل فيما ذكرناه من الخوف عليها، وقد بينا أن تعود أسباب الشيء مثل وجود المسب نفسه، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم بذلك.

فَصْلٌ

وأما الراكب في البحر الخائف من الغرق، فقد اختلف أصحابنا فيه:

فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح، وقال أشهب: حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف(١).

فالذي قاله أشهب أصح وأقيس(٢)، لأنها حالة خوف على النفس، فوجب

---

(١) انظر: المنتقى: ١٣٢/٨ ـ أحكام القرآن: ٣٥٨/٢، عقد الجواهر: ٤٠٥/٣.

(٢) وقد تبع القاضي عبد الوهاب في ترجيح قول أشهب القاضي الأجل أبو بكر بن العربي حيث قال: «وابن القاسم لم يركب البحر ولا رأى أنهم دود على عود.... ولو عاين ذلك سبعين من الدهر... كان رأيه كرأي أشهب» انظر: أحكام القرآن: ٣٥٨/٢.

الحجر عليه أصله أثقال الحامل.

فَصْلٌ

وإذا أوصى بوصيتين أو أكثر فإذا لم ||[٢٥٣ب] يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع جميعها جازت، وإنما قلنا ذلك؛ لأن قصده إلى تنفيذ جميعها ممكن، وليس هناك شيء يدل على رجوعه، فوجب تنفيذ الكل، فأما إن كان فيها رجوع عن بعضها أنفذ ما لم يرجع فيه وأبطل ما رجع عنه(١).

وإنما قلنا ذلك، لأن ما رجع عنه منسوخ بما ثبت عليه.

فَصْلٌ

فأما إن أوصى لرجل في موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتغير من نوع واحد، ولم يذكر إبطالا لأحدهما ولا أنهما جميعا للموصى له فله واحدة منهما(٢).

وإنما قلنا ذلك، لاحتمال أن تكون الآخرة تكرارا لابتداء.

فَصْلٌ

وأما إن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فقد اختلفت الرواية في ذلك:

فروى ابن القاسم وعبد الله بن عبد الحكم عن مالك رحمه الله أنه قال: يعطى الأكثر منهما.

وذكر ابن حبيب عن مطرف(٣) وابن الماجشون، عن مالك رحمه الله: أنه ينظر

---

(١) انظر: المدونة: ٣٧٤/٤ ـ التفريع: ٣٣٢/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٣٧٤/٤ ـ التفريع: ٣٣٢/٢.

(٣) مُطَرِّف بن عبد الله بن مُطَرِّف بن سليمان بن يَسَار أبو مصعب، ويقال: أبو عبد الله اليَسَاري=

إلى الأكثر: فإن كانت هي الأولى أعطى نصف الجميع، وإن كان هي الأخرى لأعطى الأكثر فقط[1].

فوجه الأولى: أنها إن كانت هي الآخرة فقد زاده على الأولى، وإن كانت هي الأولى يحتمل أن تكون الأقل بعدها رجوعا عنها إلى الأقل، ويحتمل أن تكون زيادة مضمومة إليها، فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأول.

ووجه ما قاله ابن حبيب: هو أنه إذا كان الأكثر هو الأولى حمل الأول بعده على أنه سبيل عنه قراره، وإن كان الأقل أقل الوصيتين كان رجوعا عن الأولى هذا الحكم فيه، وإن كان ذلك من نوع واحد.

فَصْلٌ

وأما إن كان ذلك من أنواع، مثل أن يوصيه بدنانير ودراهم وثياب وعروض، فله الوصيتان جميعا ولا مقال للورثة[2].

وإنما قلنا ذلك، لأنه ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما.

فَصْلٌ

وإذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به لآخر ولم يذكر رجوعا عن الأول كان ذلك الشيء بينهما نصفين[3].

= الهلالي. الفقيه، الأصم، ابن أخت الإمام مالك بن أنس، ويقال: إن مُطَرِّفًا لقب له. روى عن مالك ابن أنس ـ الموطأ وغيره ـ وعبد الرحمن بن أبي الزناد، وتفقه بمالك وابن الماجشون. توفي بالمدينة سنة ٢٢٠هـ. الجمهرة: ٣/١٢٥٤ ـ ١٢٥٦، ر: ١٢٦٧.

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٧٤ ـ النوادر: ١١/٣٤٣، ٣٤٤ ـ التفريع: ٢/٣٣٢، ٣٣٣.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٧٤ ـ التفريع: ٢/٢٣٢.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٧٤، ٣٧٥ ـ النوادر: ١١/٣٣٨.

ومن الناس من قال: يكون للأول منهم، ومنهم من قال يكون للثاني دون الأول[1].

وإنما قلنا إنه يكون بينهما نصفين، لأن وصيته به للآخر يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة، فوجب أن يحمل على الرجوع مع إمكان غيره.

فَصْلٌ

فأما إذا قال العبد الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو فإن ذلك يكون رجوعا[2].

وإنما كان كذلك، لأنه نقله للذي جعله له بعده فانتفى الاحتمال في ذلك.

فَصْلٌ

ولو أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم أوصى به |[٢٥٤أ] لرجل، أو أوصى به لرجل أولا ثم ثانية بالعتق، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال ابن القاسم: إن الأخرى نقضت الأولى أيهما كانت.

وقال أشهب: الحرية أولى قدمت أو أخرت[3].

ووجه ما قاله ابن القاسم: هو أنه قد ثبت أن الوصية للثاني يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة، فإذا احتملت الشركة لم يكن حملها على الرجوع أولى على ما بيناه، فإذا لم يحتمل الشركة لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز للإشراك فيه، لأنه بمنزلة ابتداء تبعيضه، فلما امتنع من ذلك لم يبق إلا أنه رجوع في ذلك.

---

(١) قاله جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود. انظر: المغني: ٨/٤٦٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٧٥.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٧٥ ـ النوادر: ١١/٣٤٠.

ووجه ما قاله أشهب: هو أن العتق مبني على التغليب والسراية فوجب تقديمه لأجل ذلك.

والوصية لا تجب إلا بموت الموصي وقبول الموصى له بعد موته[1].

وإنما قلنا ذلك: لأن الموصى ما دام حيا فله الرجوع في الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، فإذا مات وجب للموصى له حق القبول، فإن قبل، تمت الوصية، وإن رد ذلك، عاد ميراثا وفيما جعلها فيه، وإن كان شرط ذلك ولا يدخل في ملكه بنفس موت الموصى دون القبول[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول أصله الهبة وسائر العقود.

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال الشيخ أبو بكر الأبهري: القياس أن يكون لورثة الموصى، ومن أصحابنا من قال: يكون القبول في ذلك لورثة الموصى له[3].

فوجه ما قاله أبو بكر الأبهري: هو أن ذلك الشيء أصل مال أبيهم إلا أن يخرج عنهم بقبول الموصى له، وذلك معدوم في مسألتنا فوجب أن يكون لهم.

ووجه ما قاله غيره من أصحابنا، هو أن القبول بحق واجب له، فإذا مات عنه وجب أن ينتقل إلى ورثته فيقومون في ذلك مقامه كسائر حقوقه، وهذا هو الأشبه بخلاف ما قاله **الشيخ**.

---

(١) انظر: الاستذكار: ٤٨/٢٣ ـ عقد الجواهر: ٤١٠/٣.

(٢) انظر: الموطأ: ٣٠٧/٢، ٣٠٨ ـ التفريع: ٣٢١ ـ عقد الجواهر: ٤١١/٣.

(٣) قال في المقدمات: «وإلى هذا ذهب أبو بكر الأبهري، حكاه عنه عبد الوهاب في المدونة».
انظر: المقدمات: ١٢٠/٣ ـ عقد الجواهر: ٤١١/٣.

فَصْلٌ

وإن أوصى لرجل بشيء من ماله وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون وكان ما وصى به دون الثلث من جميع تركته، فقال الورثة لا نعطيه هذا لأنا لا نأمن أن تتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد قاربا العين التي أخذها، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به أو يخرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلث في جميع التركة أو في الشيء الموصى له به، فعن مالك ﷺ في ذلك روايتان(١).

وقال أبو حنيفة والشافعي: له ثلث تلك العين، ويكون شريكا في جميع ما تركه الميت حتى يستوفي إتمام قيمته(٢).

وإنما قلنا ||[٢٥٤ ب] ذلك: لأن الورثة متعدى عليهم، لأن الميت لم يكن له أن يوصي بالعين أكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصى له بجميعها كان متعديا، فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما أوصى به أو يخرجوا عن الثلث، لأنه إذا تعدى إلى ما ليس له وجب رد تعديه إلى ماله، فإذا كان كذلك ثبت ما قلناه، ووجه قصر الثلث على العين الموصى بها، هو أنه لم يرد الوصية بغيرها، وإنما أراد هذه العين، فمهما وجدنا سبيلا إلى إخراج العين التي أوصى بها كان أولى.

ووجه القول الآخر، هو أن التعدي إذا سقط وبطل الثلث صار في حكم من وصى بالثلث ليبتدئه.

فَصْلٌ

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الآكد فالآكد، والمدبر في الصحة يقدم

---

(١) انظر: المدونة: ٣٦٢/٤ ـ النوادر: ٤١٨/١١، ٤١٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي: ١٥٨ ـ المهذب: ٧٢٤/٣

على المبتل في المرض، وعلى المدبر في المرض[1].

وإنما قلنا ذلك، لأن التصرف في حال الصحة أقوى من التصرف في حال المرض، فلذلك وجب تقديمه.

فَصْلٌ

والعتق المبتل في حال المرض مقدم على الوصية بالعتق[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المبتل لا رجوع له فيه إذا صح، والوصية له فيها الرجوع إذا صح، فلذلك قلنا ذلك.

فَصْلٌ

وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان في ملكه أو يشتري ويعتق، كان مقدما على غيره من الوصايا[3].

وإنما قلنا ذلك، لتأكيد حرمة العتق.

فَصْلٌ

وأما إن كانت الوصية بعتق عبد معين فهو وسائر الوصايا سواء[4].

وإنما قلنا ذلك، لأنه وصية بمال.

فَصْلٌ

والوصية بعتق معين مقدمة على الوصية بزكاة[5].

وإنما قلنا ذلك، لأنها حرمة ثبتت في البدن، ولأن العتق مبني على

---

(١) انظر: المدونة: ٣٥٠/٤ ـ التفريع: ٣٢٤/٢.

(٢) انظر: المدونة: ٣٥٢/٤ ـ التفريع: ٣٢٤/٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣٥٢/٤ ـ التفريع: ٣٢٤/٢.

(٤) انظر: المدونة: ٣٥١/٤.

(٥) انظر: المدونة: ٣٥١/٣.

التغليب والسراية.

وقد قال عبد الملك من أصحابنا: إن الزكاة مبدأة(١).

ووجه ذلك، هو أن الزكاة حق من حقوق الله تعالى فوجب تقديمها.

فَصْلٌ

وإذا أوصى بزكاة وكفارة، قدمت الزكاة على الكفارة(٢).

وإنما قلنا ذلك، لأن الزكاة آكد من الكفارة وأوجب، فلذلك قدمناها.

فَصْلٌ

وإذا فرط في زكاة، فأوصى بذلك إلى الورثة لزم الورثة إخراج ذلك عنه(٣).

وإنما قلنا ذلك، لأن إخراج الزكاة موكول إلى أمانته، فيجوز أن يكون قد أخرجها إلا أن يعلم بأنه لم يفرط في ذلك، مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو لا يؤدي إليه غريم نصابا من دينه، فهذا يجب أداء الزكاة عليه من رأس المال وصى بها أو لم يوص بها لزوال التهمة.

فَصْلٌ

وإذا وصى بما فرط فيه فذلك من الثلث(٤).

وإنما قلنا ذلك، لأنه متهم أن يكون أراد الانتفاع |[٢٠٥أ] بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعد ذلك، وكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

---

(١) في التفريع: قوله: «وقال عبد الملك: يبدأ العتق على الزكاة». التفريع: ٢/٣٢٤.
(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٥٠.
(٣) انظر: المدونة: ٤/٣٥٠، ٣٥١.
(٤) انظر: المدونة: ٤/٣٥١.

فَصْلٌ

وإذا زاحمتها الوصايا قدمت على ما هو أضعف منها[1].

وإنما قلنا ذلك ؛ لأنها قد تأكدت إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فَصْلٌ

وإذا أقر المريض بدين لوارث، فإن المراعاة في ذلك بالتهمة. فإذا أقر بأمانات كودائع وقراض لمن لا يتهم له، فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون ويحاص يها عند ضيق المال[2].

وإنما قلنا ذلك، لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت، فالظاهر استهلاكها أو تعلقها بذمته.

فَصْلٌ

وإذا أوصى لرجل بمئاتين والآخر بمائة والثالث مثل إحدى الوصيتين، ولم يبين أيهما أراد بذلك، فقد اختلفت الرواية عن مالك في ذلك:

فروي عنه: أن له مثل نصف الأول ونصف الثانية.

وروي عنه: أنه قال مثل الآخرة.

وقال أشهب: له مثل الأولى منهما[3].

فوجه الرواية الأولى: أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له وهو نصف الكبرى، فيصير النزاع في النصف الآخر من الكبرى فتداعياه ولا بينة لواحد

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٥١ ـ التفريع: ٢/٣٢٢٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/٣٨٠، ٣٨١ ـ النوادر: ١١/٥٨٤.

(٣) انظر: النوادر: ١١/٥٥٢ وما بعدها ـ التفريع: ٢/٣٣٢.

منهما فيكون بينهما.

ووجه الثانية: هو أن قوله مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذي يليه، لأنه الظاهر من الكلام.

ووجه قول أشهب: هو أن الأقل متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه، فكان له اليقين دون الشك.

مسألة:

عندنا تكره[1] الوصية للحربي[2].

وقال أبو حنيفة: لا تجوز الوصية لهم[3].

والدليل على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، وقال النبي ﷺ: «لا وصية لوارث»[4]، والحربي غير وارث فصحت الوصية له.

والقياس: هو أنه تمليك يفتقر إلى القبول فجاز مع الحربي أصله البيع، ولأن كل من صح معه عقد البيع صحت الوصية له أصله المسلم، ولأن من صح معه البيع صحت له الوصية، أصله الذمي.

واحتج بأن قال، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩]، فنهانا عن معاملتهم.

---

(١) مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه أن الوصية للكافر جائزة، ولم يفرق الإمام مالك بين الذمي والحربي في الوصية، غير أن أصبغ قال: تجوز للذمي ولا تجوز للحربي. انظر: النوادر: ٣٤٩/١١، البيان: ٤٧٨/١٢.

(٢) انظر: النوادر: ٣٤٩/١١ ـ البيان: ٤٧٨/١٢.

(٣) انظر: المبسوط: ٩٣/٢٨.

(٤) تقدم تخريجه.

✽ **والجواب**: هو أن هذا دليل الخطاب وأنتم لا تقولون به.

✽ **قالوا**: ولأن من لا تصح الوصية له بالسلاح لم تصح الوصية له بالمال.

✽ **والجواب**: هو إنما لم تجز لهم، لأن الوصية بالسلاح، لأن ذلك مما يتقوى به على الإسلام وليس كذلك في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

✽ **قالوا**: ولأن الحربي مباح الدم فلا تصح الوصية له.

✽ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع أن يكون مباح الدم، ومع ذلك لا تصح الوصية له. أصله الزاني المحصن مباح الدم والوصية له صحيحة، فكذلك في مسألتنا، فلم يصح ما قالوه، والله أعلم.

||[٢٥٥ب] ✽ **مسألة**:

عندنا إذا أوصى بإخراج ثلثه في الرقاب: ابتدئ به العتق في الممالك كالزكاة سواء[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي: يصرف ذلك في المكاتبين[٢].

ودليلنا: هو أنه إذا قال في الرقاب احتمل أن يكون في فكها بالعتق أو المعونة في الكتابة، فوجه حمله على اللفظ لأنه أليق بظاهر اللفظ.

ولأن كل موضع ذكر فيه الرقبة فإنه يقتضي عتق رقبة كاملة، والمعونة فيها شرك، وليس شيء من الرقاب يقع عليها فيها الشرك، أصله الرقبة في القتل والظهار والصيام والأيمان، فيجب حمل ذلك على فك رقبة كاملة لا غير ذلك.

✽ **واحتج** بأن قال: إن الله تعالى ذكر مع الرقاب أصنافا، وجدنا كل صنف

---

(١) انظر: المدونة: ٣٥٤/٤ ـ النوادر: ٣٧٧/١١.
(٢) انظر: المبسوط: ١٦/٢٨ ـ الأم: ١٩٧/٥.

إذا وقعت عليهم الزكاة ملكوها، فوجب أن تكون الرقاب بهذه الصفة أيضا وهم المكاتبون، ولأن العبيد لا يملكون.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ لأن العبيد لا يملكون، فإذا جاز أن يعطى المكاتبون جاز أن يعطى العبيد، لأنه يقال له اشتر هذا بنفسك من سيدك حتى يعتق، فلم يصح ما قالوه والله أعلم.

مسألة:

ومن أوصى لرجل ببعير أو بجمل من إبله جاز أن يعطى أنثى، وكذلك إن أوصى له ببدنة أو بقرة جاز أن يعطى الذكر والأنثى.

وأما إن قال، أعطوه بقرة، فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: لا يعطى إلا بقرة.

ومنهم من قال: يجوز أن يعطى ثورا(١).

وقال الشافعي: لا يجوز في البعير إلا ذكره وفي البدنة والبقرة إلا أنثى، ولا يجوز الثور والجمل(٢).

ودليلنا: هو إن سمى البدن والبقر والجمال يشتمل على الذكور والإناث، فإذا قال بقرة لم يكن فيها فرق بين الذكر والأنثى، لأن الاسم يتناول جميع ذلك. ولأن قولنا بقرة وبدنة كقولنا رقبة، والهاء في الرقبة للتأنيث ولا يختص بذلك بالتأنيث دون التذكير، وكذلك فإنه يقع على الذكر فكذلك في مسألتنا.

❊ **واحتج** بأن قال: لأن الوصية قد تضمنت عينا على صفة، فيجب مراعاة

---

(١) انظر: النوادر: ١١/٥٥٥ ـ عقد الجواهر: ٣/٤١٤.
(٢) انظر: الأم: ٥/١٩٢ ـ المهذب: ٣/٧٣٥، ٧٣٦.

الصفة، فإذا قال بدنة أو بقرة يخصص بذلك بالأنوثة، كما إذا قال جملا أو بعيرا.

❁ **والجواب**: هو أن هذا ليس بتخصيص، لأنه كقوله رقبة قالها للتأنيث، ومع ذلك تقع على الذكر والأنثى فلم يصح ما قالوه.

❁ مسألة:

عندنا إذا كان الموصي أبا أو جدا وله أولاد صغار صح أن يوصي إلى أجنبي بالنظر في أمر أولاده الأصاغر وقضاء ديونه وإخراج ثلثه[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز أن يوصي إلى أجنبي في أمر أولاده مع |[٢٥٦أ] وجود أبيه وجده إذا كانا من أهل العدالة، ويجوز عندهما ذلك في قضاء ديونه وثلثه[٢].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولم يخصص بالواحد من أجنبي، فوجب حمل ذلك على عمومه.

والقياس: هو أنها نيابة تجوز للأجنبي مع وجود الأب والجد أصله الوكالة.

وإن شئت قلت: من جاز أن يوصى إليه في قضاء ديونه جاز أن يوصى إليه بأولاده. أصله الأب والجد.

❁ **واحتج** هو أنه لما لم يكن للأم أن توصي إلى الأجنبي مع وجود الأب، فكذلك الموصي، لأن الأب يتولى ذلك بنفسه.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/٣٣١ ـ النوادر: ١١/٢٧٧.

(٢) انظر: المبسوط: ٢٨/٢٦ ـ الوسيط: ٤/٤٨٦ ـ الحاوي الكبير: ٨/٣٣٣.

⚜ **والجواب**: هو إنما كان كذلك ؛ لأن الأم ليس لها ولاية على أولادها فتوصي بهم ، والأب والٍ عليهم بغير تولية فيما في بدنها وقضاء دينها ، فلم يصح ما قالوه ، والله أعلم.

❖ مسألة:

فأما إن أوصى لقبيلة كبيرة مثل تميم أو قيس جاز ذلك ، وقسم ذلك على الاجتهاد فلا يدخل في ذلك الموالي[1].

وقال أبو حنيفة: لا تصح هذه الوصية[2].

ودليلنا هو: أن كل وصية صحت إذا كانت لقوم محصورين صحت وإن كانت لقوم غير محصورين. أصله إذا قال وصيت للفقراء والمساكين.

✲ **واحتج** بأن قال: لأنه إذا قال لبني تميم أو عدي ، فإنه يكون فيهم الغني والفقير لا تصح الوصية له.

⚜ **والجواب**: هو أن هذه الوصية عندنا تصح للأغنياء فلم يصح ما قالوه.

❖ مسألة:

وإذا قال وصيت لموالي وله موالي أعلى وأدنى ، فإن الوصية تصح ويكون ذلك بين الأعلين والأسفلين نصفين[3].

وقال أبو حنيفة: لا تصح هذه الوصية[4].

ودليلنا: هو أن كل جنس جاز إفراده بالوصية جاز جمعه الوصية ، أصله

---

(١) انظر: المدونة: ٣٧٨/٤ ـ النوادر: ٥٣١/١١.
(٢) انظر: المبسوط: ١٥٨/٢٧ ـ بدائع الصنائع: ٣٤٤/٧.
(٣) انظر: المدونة: ٣٧٨/٤.
(٤) انظر: المبسوط: ١٥٦/٢٧ ، ١٥٧ ـ بدائع الصنائع: ٣٤٤/٧.

إذا قال تصدقت على الفقهاء المالكيين والشافعيين ، فإن ذلك جائز ، فكذلك في مسألتنا .

❊ **واحتج** بأن قال: اللفظة الواحدة لا يجوز أن تتعلق على معنيين متضادين ، الدليل عليه القرء ، ولا يجوز أن تتعلق على الطهر والحيض ، فكذلك في مسألتنا .

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح ؛ لأن اللفظة الواحدة قد يجوز تعلقها بمعنيين ؛ لأن اسم الموالي يتعلق بكل مولى ، سواء كان أعلى أو أسفل ، فلم يصح ما قالوه ، والله أعلم .



كتاب الجنايات

والأصل في القصاص قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى﴾ إلى قوله: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة: ١٧٩]. وقال تعالى: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞ﴾ [المائدة: ٤٥].

وروي أن النبي ﷺ قال: «العمد قود كله إلا أن يعفوا أولياء المقتول»[1].

وروي أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[2]. وهذه الجملة تدل على ما قلناه ولا خلاف في ذلك كله.

فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أشياء: إما ببينة، أو بالإقرار، أو بقسامة.

مسألة:

عندنا لا يقتل المسلم بالكافر على وجه القصاص، وسواء كان الكافر ذميا أو معاهدا أو مستأمنا[3]. وبه قال الشافعي وأحمد[4].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في الديات، باب من قال: العمد قود، ٣٦٥/٩، والدار قطني: ٩٤/٣.

(٢) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، ٣٨/٨. ومسلم في الحج، باب تحريم مكة وصيدها، ٩٨٨/٢.

(٣) انظر: المقدمات: ٢٨١/٣، التفريع: ٢١٦/٢، تهذيب المسالك للفندلاوي: ٤٢٩/٣.

(٤) انظر: الأم: ٤٠/٦، المهذب: ١٧٣/٢.

وقال أبو حنيفة: يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستأمن ولا بالحربي[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]. فنفى أن يكون للكافر على المؤمن سبيل. (ويقهره في الحكم لا في غيره)[2].

✤ **والجواب**: هو أنه تعالى نفى أن يجعل له عليه سبيل على طريق العموم في كل شيء فوجب حمله على ذلك دون غيره.

وقال تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ ۚ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾ [الحشر: ٢٠] فوجه الدليل منه: أن الله تعالى نفى المساواة بيننا وبينهم.

✲ **قالوا**: إنما نفي المساواة بيننا وبينهم في الآخرة لا في الدنيا.

✤ **والجواب**: هو وإن كان آخر الآية مخصوصا فلا يمنع من التعلق بأول الآية.

وأما السنة: فما روي أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهو يد على من سواهم ويرد أقصاهم على أدناهم، [ألا][3] لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»[4].

فوجه الدليل منه من وجهين: أحدهما أنهما قال: «تتكافأ دماؤهم». يدل على أن دم الذمي لا يكافئ دم المسلم. والثاني هو أنه قال: «وهم يد على من سواهم».

(١) انظر: المبسوط: ١٣١/٢٦.

(٢) ما بين قوسين هكذا كتب في الأصل، وظاهر السياق أن فيه سقط.

(٣) تكملة يقتضيها سياق الحديث.

(٤) أخرجه أبو داود في حديث طويل، كتاب الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر، ١٨٣/٣، والنسائي في القسامة، باب القود بين الأحرار، ١٩/٨.

❊ **قالوا:** فقد قال: «ولا ذو عهد في عهده»، فيكون تقديره: ولا يقتل مؤمن ولا ذو عهد في عهده بكافر مستأمن أو حربي، ونحن لا نقتل المسلم بالمستأمن ولا بالحربي.

⚜ **والجواب:** هو أن الكلام مستقل بنفسه لا يحتاج إلى تقدير، لأن قوله عليه السلام «ولا ذو عهد في عهده» مستقل بنفسه بلا إضمار ولا تقدير، **والكلام إذا استقل بنفسه لم يجز أن يقدر فيه**، وإنما يقدر إذا كان الكلام غير مستقل بنفسه واحتاج إلى ذلك.

ولأن قوله عليه السلام: «لا يقتل مسلم بكافر» سائغ في كل كافر، والذمي كافر.

❊ **قالوا:** فقوله عليه السلام: «ولا ذو عهد في عهده» معطوف على ما تقدم؛ لأن **من شأن العطف أن يدخل المعطوف في معنى المعطوف عليه.**

⚜ **والجواب:** هو أن هذا غير صحيح؛ لأن قوله عليه السلام: «ولا ذو عهد في عهده» كلام مستأنف، لأنه عليه السلام أراد أن لا يظن ظان أن الكافر الحربي لما كان مباح الدم فكذلك أيضا المستأمن، فلم يصح ما قالوه.

وروى عمران بن الحصين وأبو هريرة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يقتل مؤمن بكافر»[1].

---

(١) البخاري في الديات، باب لا يقتل المسلم بكافر، ٣٧/٨ بلفظ آخر عن أبي حنيفة قال: سألت عليا رضي الله عنه: هل عندكم شيء مما ليس في القرآن؟، وقال ابن عيينة مرة: ما ليس عند الناس؟ فقال: «والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا إلا ما في القرآن، إلا فهما يعطى رجل في كتابه، وما في هذه الصحيفة»، قلت: وما في الصحيفة؟ قال: «العقل، وفكاك الأسير، وألا يقتل مسلم بكافر».
والذي في المتن أيضا: أخرجه أبو داود وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن جده مرفوعا، وهو جزء من حديث «المسلمون تتكافأ دماؤهم» وقد تقدم تخريجه.

وروي أن مسلما قتل كافرا فقال النبي ﷺ: «لو أقدت مسلما بكافر لأقدته»[(١)]، فدل على أن ذلك لا يجوز.

ولأن ذلك إجماع الصحابة، وذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه «لما ورد الشام أخبر أن مسلما قتل ذميا فهم بقتله، فقال له زيد بن ثابت: «أتقتل أخاك بعدوك»، فترك القود وأخذ المال».

وروي ابن عمر أن مسلما قتل ذميا فلم يقده عثمان رضي الله عنه به.

وروي عبد الله بن مسعود عن عثمان وعلي أيضا قالا: «لا يقتل مؤمن بكافر». وهذا إجماع منهم على ذلك فوجب إتباعهم في ذلك، وقد قال تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ﴾ [النساء: ١١٥] الآية.

والقياس: هو أنه ناقص بالكفر فوجب أن لا (يكافئ)[(٢)] دمه دم المسلم أصله الحربي والمستأمن[(٣)].

ولا يلزم عليه إذا قتل ذمي ذميا ثم أسلم (القاتل)[(٤)] فإنا نقيده به، لأن الوجوب تعلق على الكافر واستديم حكمة وجوبه إلى حين إسلامه.

❊ **قالوا**: المعنى في المستأمن إنما قلنا إن المسلم لا يقتل به لأنه محقون

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولعل القاضي يشير إلى ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لو كنت قاتلا مسلما بكافر لقتلت خداما بالهذلي». ذكره الهيثمي في المجمع: ٦/٢٩٥. وعزاه للبزار وقال: ورجاله وثقهم ابن حبان.

(٢) في الأصل: تكافئ.

(٣) احتج الفندلاوي بمثل هذا القياس بقوله: «ولأنه ناقص بالكفر فوجب ألا يجب به قود على مسلم كالحربي والمستأمن». انظر تهذيب المسالك: ٣/٤٣١.

(٤) تكررت في الأصل.

الدم إلى أجل، كذلك قلنا لا يقتل به، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن هذا الذمي محقون الدم على التأبيد فوجب أن يقتاد به كالمسلم بالمسلم.

❁ **والجواب:** هو أن افتراقهما من هذا الوجه لا يخرجه عن كونه كافرا. ولأنه لا اعتبار بالأجل والمدة ولا التأبيد، ألا ترى أن الأم محرمة على التأبيد والمعتدة محرمة إلى أجل قيده. ومع ذلك لو زنى بأمه أو بالمعتدة لوجب عليه لأجل ذلك الحد. بمعنى أن حدهما لا تختلف ولم يكن اعتبارا بالأجل ولا بالتأبيد، فلم يصح ما قالوه من ذلك.

والثاني: هو أن ما قالوه ينكسر بالدية؛ لأنه لا يختلف في ذلك حكم التأجيل والتأبيد.

وقياس آخر: وهو أنها عقوبة لا تجب للكافر على المسلم في الحقن المؤقت فلا تجب له عليه في الحقن المؤبد أصله حد القذف. بل القود أولى أن لا يجب لأن حد القذف أخف من القتل، فإذا لم يجب الأخف وجب أن لا يجب الأثقل.

ولا يلزم عليه اسلام الذمي القاتل لأن الوجوب قد تعلق عليه في حال الكفر لا في حال الإسلام.

❁ **قالوا:** المعنى في حد القذف أنه ضيق والقصاص أوسع منه، ألا ترى أن العدل إذا قذف الفاسق لم يجب عليه الحد لذلك، ولو قتل العدل فاسقا قتل به.

❁ **والجواب:** هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الفاسق لا عرض له فلا يجب على العدل بذلك شيء ويقتل به، لأن التكافؤ موجود بينهما. وإذا جئنا إلى مسألتنا وجدنا أن الكافر لا عرض له ولا يكافئ دمه دم المسلم، فإذا لم يحد المسلم في قذفه كان أولى أن لا نقتله به فلم يصح ما قالوه من ذلك.

وقد قيل: إنه أحرز نفسه وماله عن غيره بعد إيقاع الضريبة فوجب أن لا يكافئ عليه دم من يأخذ منه الضريبة، أصله المكاتب إذا قتله سيده، فإنه لا يقتل به فكذلك في مسألتنا مثله.

❊ **قالوا**: المعنى في السيد مع مكاتبه إنما لم يجر القصاص بينهما لأنه ملكه والانسان لا يقتص من نفسه لنفسه وليس كذلك في مسألتنا.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بما إذا قطع طرفه فإنه لا يقتص منه له. بمعنى أن المسلم لا يقطع بطرف النصراني.

والثاني: هو أنه لا فرق بينهما لأن الذمي المكاتب والذمي سواء، لأن المكاتب إنما أحرز نفسه وأدى مال الكتابة إلى سيده ولو عجز عن ذلك صار رقا كما كان أولا، وكذلك المستأمن إذا انقضت مدته عاد إلى ما كان عليه وجاز للمسلم استرقاقه فلم يختلف الحكم في ذلك.

وقد قيل: إنه إتلاف لا يدخله البدل والإباحة فلم يستحقه الكافر على المسلم بعقد أصله الاقتصاص. والمراد بذلك النكاح فإن الكافر لا يستحقه على المسلم فكذلك في مسألتنا مثله.

واستدلال: وذلك أن القود إنما يثبت مع وجود التساوي في الحرم والحرم ههنا غير متساوية فوجب أن لا يثبت ذلك.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] الآية.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا إخبار عن شرع من تقدم فلا يلزم به لأنه [ ](١).

(١) كلمة لم أتبينها.

❊ **قالوا**: فقد قال الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]، وهذا مظلوم فوجب لوليه القصاص.

⚜ **والجواب**: هو أن من الإسراف أن نقتل في القتلى الحر بالحر وهذا حر.

⚜ **والجواب**: هو أنه إنما أراد بذلك المسلمين، ألا تراه استفتح الآية بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ ثم ختمها بقوله ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، وليس بين الكافر والمسلم أخوة.

❊ **قالوا**: فقد روي أن النبي ﷺ اقتاد مسلما بكافر.

⚜ **والجواب**: هو راوي هذا الخبر هو عبد الرحمن [ابن][1] البيلماني وكان يضع الحديث فلا يجوز التعلق به، ولو صح لحملناه عليه إذا كان قد خرجه وهو كافر ثم أسلم فإننا نقيده منه.

❊ **قالوا**: ولأنه محقون الدم على التأبيد ليس بينهما ولاية ولا حق ملك فوجب أن يقاد به أصله المسلم بالمسلم.

⚜ **والجواب** عنه من أوجه:

أحدها: أن حقن الدم على التأبيد لا اعتبار به، وإنما الاعتبار يجب أن يكون بتساوي الحرم، والحرم ههنا غير متساوية فوجب أن يمنع ذلك من التساوي في القصاص.

والثاني: أنا لا نسلم؛ لأن عندنا يقتل الأب بابنه على إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله.

---

(١) سقطت من الأصل، والصواب ما أثبتناه.

والثالث: هو وإن كان محقون الدم على التأبيد إلا أن المسلم لا يحد بقذفه الذي هو أخف فأولى أن لا يقتل به لأنه أثقل.

وعلى أن في المعنى في المسلمين أن التساوي وجد بينهما في الحرم فجرى القصاص بينهما وليس كذلك في مسألتنا، لأن حرمة الذمي لا تساوي حرمة المسلم.

ولأن المعنى في المسلمين هو أن أحدهم يحد بقذف الآخر فلذلك جرى القصاص بينهما، وليس كذلك الذمي لأنه لما لم يكن يحد في أدون الأمرين له وجب أن لا يقتل به.

❊ **قالوا**: ولأن كل من قتل بمن هو من دينه وجب أن يقتل بمن ليس من أهل دينه أصله المسلم.

⚜ **والجواب**: هو أنه لا يمتنع إذا وجد التكافؤ قتل أحدهما بالآخر كالأخوين يقتل أحدهما بالآخر، والأب مع الابن لا يقتل عندكم فافترقا.

والمعنى في المسلم مع المسلم أنه إذا وجد التساوي والتكافؤ فلذلك جرى القصاص بينهما وليس كذلك في مسألتنا فافترقا.

❊ **قالوا**: ولأن من قطع في سرقة ماله وجب أن يجري بينهما القصاص أصله المسلمين.

⚜ **والجواب**: هو أنه يبطل بولي المقتول إذا سرق من القاتل فإنه يقطع لأجل ذلك، ولو قتله وليه لم يقتل به فلم يصح ما قالوه.

وكذلك يلزم عليه الزاني المحصن فإنه إذا سرق منه وجب عليه قطع يده ومع ذلك لا يقتل به. ولأنه لا يجوز اعتبار القطع بالسرقة فيما نحن فيه، وذلك

أن القطع حق لله لا يدخله الإبراء بوجه من الوجوه، والقتل يدخله الإبراء لأنه حق الآدمي، فوجب أن يراعى فيه التساوي، والسرقة بخلاف ذلك؛ لأن المسلم لو سرق من المستأمن لقطع عندنا بذلك وإن كان القصاص لا يجري بينهما فلم يصح ما قالوه.

وأما المعنى في هذا الأصل فهو أن التساوي قد وجد في الحرم فلذلك وجب القصاص وليس كذلك في مسألتنا فافترقا لأجل ذلك، والله أعلم.

❊ **قالوا:** ولأن القتل على ضربين: قتل ابتداء وقتل دفع.

ثم ثبت وتقرر أنه لو دفعه عن نفسه فقتله أنه يقاد به، فنقول ولأنه أحد نوعي القتل فاستحقه الذمي على المسلم أصله الدفع.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالمستأمن والمعاهد والسيد مع عبده والأب مع ابنه فلم يصح ما قالوه. وأيضا فإننا لا نقتله قصاصا وإنما نقتله لأجل الحرابة فهي حق الله تعالى.

❊ **قالوا:** ولأنه نقص من طريق الدين فلا يمنع من القصاص بينهما، أصله الفسق.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالمستأمن والأب مع ابنه وبالزاني المحصن، والمعنى في الفسق هو أن جنسه لا يمنع من القصاص وليس كذلك في مسألتنا لأن جنس الكافر يمنع فلم يصح ما قالوه من ذلك.

❊ **قالوا:** ولأنه أحد بدلي النفس فاستحقه الذمي على المسلم أصله الدية.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالمسلمين وبالأب مع ولده فإنه يستحق بذلك الدية والقود لا يستحق، والمعنى في الأصل أن ذلك مال فلا يعتبر فيه تساوي

الحرم وليس كذلك في مسألتنا لأن هذا يتعلق بالبدن والتكافؤ وذلك غير موجود في مسألتنا فلم يصح ما قالوه.

❊ **قالوا:** ولأنه عمد محض لا شبهة فيه فأوجب القصاص أصله المسلمين.

⚜ **والجواب:** هو أنه يبطل بالمستأمن وبالأب مع ابنه لأنه عمد محض لا يجب القصاص، والمعنى في المسلمين ما تقدم فأغنى عن الإعادة.

❊ **قالوا:** ولأن لو قتله وهو كافر ثم أسلم لم يسقط عنه القصاص فكذلك في مسألتنا وجب أن لا يسقط عنه ذلك.

⚜ **والجواب:** هو أن القصاص حد والحدود معتبرة بحال الوجود لأنها تؤول إليه في الثاني، ألا ترى أنه لو زنى وهو بكر ثم أحصن لم يعتبر حكمه عن حد البكر، وكذلك لو زنى وهو عبد ثم أعتق فحد بحد العبد، فكذلك إذا قتل ذمي وهو ذمي ثم أسلم القاتل فإنا نقتله به، لأن الوجوب تعلق عليه وهو ذمي فافترقا فلم يصح ما قالوه والله أعلم بذلك.

مسألة:

عندنا لا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره[1]، وبه قال الشافعي رحمه الله[2].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقتل بعبد [غيره][3] ولا يقتل بعبد نفسه[4]. ووافقنا

---

(١) قال مالك في الموطأ: «ولا يقتل الحر بالعبد وإن قتله عمدا، وهذا أحسن ما سمعت». الموطأ: ٦٣٠، وانظر: التفريع: ٢/٢١٦.

(٢) انظر: الأم: ٥/٢٦، والمهذب: ٢/١٧٣.

(٣) كتبت بالطرة من الأصل.

(٤) بدائع الصنائع: ٧/٢٣٧.

في أنه لا قصاص بينهما في الأطراف.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] فوجه الدليل منه هو أن الله تعالى فرق بينهما.

❊ **قالوا:** فقد قال الله تعالى: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ ونحن نقتل الأنثى بالذكر والذكر بالأنثى.

⚜ **والجواب:** هو إنما فعلنا ذلك بدليل قام عليه من موضع آخر.

وأما السنة فما روى عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتل حر بعبد»[1]. وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «من السنة أنه لا يقتل حر بعبده»[2]. والصحابي إذا أطلق السنة فإنما يريد بذللك سنة الرسول عليه السلام.

والقياس: هو أنه ناقص بالرق فلا يقتل به الحر أصله عبد نفسه.

وقياس آخر: وهو أنه أحد نوعي القصاص فلم يجب على الحر بجنايته على العبد ابتداء. أصله الأطراف.

ولا يلزم عليه إذا جرحه وعتق لأنا قلنا ابتداء.

ولأن كل شخصين لا يجري القصاص بينهما في الأطراف السليمة وجب أن لا يجري بينهما في النفس أصله المسلم مع المستأمن.

❊ **قالوا:** فأنتم تقتلون العبد بالحر ولا تقطعون يد العبد بيد الحر.

---

(١) أخرجه الدار قطني في الحدود والديات، ١٣٣/٣ والبيهقي في الجنايات، باب لا يقتل حر بعبد عن الضحاك عن ابن عباس. وقال في التلخيص: حديث ابن عباس: «لا يقتل حر بعبد» رواه الدار قطني والبيهقي، وفيه جويبر وغيره من المتروكين».

(٢) أخرجه الدار قطني في السنن ١٣٤/٣، وذكره الحافظ في التلخيص وعزاه للبيهقي عن علي، وقال في إسناده الجعفي وهو ضعيف جدا.

⚜ **والجواب**: هو أن الرواية قد اختلفت في ذلك:

فروي أن يد العبد تقطع بيده وعلى هذا لا نسلم ما قالوه.

وإذا قلنا إنه لا يقتص منه في الطرف فإنما كان كذلك لأن يد العبد ليست بمكافئة ليد الحر فكانت كيد الأشل التي لا نأخذها بيد الصحيح، وإن جاز أن يأخذ نفسه بنفس الحر، لأنه لا يعتبر في النفس التكافؤ. ألا ترى أننا نأخذ النفس المريضة بالنفس الصحيحة والصحيحة بالمريضة فلم يصح ما قالوه.

واستدلال من هذا؛ وذلك أن الطرف أخفض رتبة من النفس، بدليل أن الكفارة لا تدخل في الطرف وتدخل في النفس، والطرف تابع للنفس، والنفس ليست بتابعة له، وإذا ثبت أنه لا يقطع بطرفه كان في النفس أولى أن لا يقتل به.

❊ **قالوا**: فهذا هو الحجة عليكم؛ لأن النفس لما تأكدت حرمتها على الأطراف وجب أن تقتل به.

⚜ **والجواب**: هو أن هذا لا يصح؛ وذلك أن الحرمة ههنا هي للحي، لأنه تأكد بذلك والميت قد فات فوجب أن يقتل به.

❊ **قالوا**: المعنى في الأطراف هو أنه يعتبر فيها التساوي فلذلك لم يأخذ طرف الحر بطرف العبد. ألا ترى أن اليد الشلاء لا نأخذها باليد الصحيحة وليس كذلك النفس لأننا نأخذ النفس القوية بالنفس الضعيفة [ ][1] ولا يعتبر في ذلك التساوي فلذلك يجب أن نأخذ نفس الحر بنفس العبد لأن أكثر ما في ذلك أنها كالنفس الضعيفة.

⚜ **والجواب**: هو أنها لا تصح، وذلك أنه لا فرق عندنا بين ذلك، لأن

---

(١) كلمة لم أتبينها.

كل موضع أخذنا النفس بالنفس أخذنا اليد باليد، وكل موضع لم نأخذ اليد باليد لم نأخذ النفس بالنفس. وأما اليد الشلاء فإنما لم نأخذها باليد الصحيحة لأنها ميتة ولا نأخذ ميتا بحي.

❊ **قالوا:** فلو كانت ميتة لوجب أن لا تصح الصلاة بها لأنه لا يجوز للإنسان أن يصلي ومعه ميت ولوجب عليه [ ][1]، ولوجب عليه أن لا يضمن، فلما ضمنت دل على أنها ليست بميتة.

(١) كلمة لم أتبينها، ولعلها «إعادتها».

خاتمة

وبعد، فهذا ما انتهى إليه البحث من نتائج في هذه الرسالة، موجَزها كالآتي:

١ ـ صحة نسبة كتاب الممهد في شرح مختصر أبي محمد للقاضي الأجل عبد الوهاب بن نصر المالكي رحمه الله، وهو من أهم الكتب التي ألفها رحمه الله، وموضوعه فقه الخلاف العالي، رغم أن القاضي جعله شرحا لأهم دواوين المذهب المالكي، وهو مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني رحمه الله.

٢ ـ يعتبر كتاب الممهد موسوعة فقهية ضخمة في كتب التراث الفقهي، استوفى فيه القاضي عبد الوهاب نقول الإمام مالك وفقهاء المذهب من مصادره الأصيلة، إضافة إلى أقوال المذاهب الأخرى وآراء الأئمة المجتهدين، مما دفع القاضي رحمه الله إلى اختصاره في كتابه المعونة، ليكون مدخلا لكتابيه الممهد وشرح الرسالة.

٣ ـ المنهج الذي سار عليه القاضي في كتابه هذا يعتبر أنموذجا في الدراسات العقلية والفكرية التي تقوم على احترام المخالف، وفسح الأنظار في مجال البحث والاجتهاد قصد توسيع مناط الفكر دون مصادرة أو مشاغبة، وهو منهج فذٌّ تأسَّس عليه العقل الفقهي المالكي باعتبار الدليل ونقضه، والرد والاعتراض، أو ما يسمى بأصول المناظرة والحوار، وهذه طريقة المدرسة المالكية البغدادية خصوصا في درس كتاب المدونة للإمام مالك رحمه الله.

٤ ـ ومما توصل إليه البحث من النتائج: الصياغة الفقهية في كتاب الممهد

واضحة المعالم ـ على النحو الذي فصلته الدراسة ـ ، فهو يمتاز بوصف التقسيم والاطراد من أوله إلى آخره ، مع الاستيعاب والشمول في بحث المسائل والقضايا الفقهية ، جالبا القاضي الأدلة مرتبة من المنقول إلى المعقول ، ثم تقرير مذاهب الفقهاء المخالفين فالرد والاعتراض ثم الترجيح إن أمكن ، وقد تطول مدارسة المسائل وقد تقصر بحسب طبيعة البحث والاستدلال ، وقد اعتبر القاضي ﵀ قول ابن القاسم هو المشهور من أقوال مالك ﵀ ، ولم يخرج عنه إلا في مسائل قليلة جدا .

٥ ـ تفسير القاضي ﵀ نصوص فقهاء المالكية وتوجيهه للأقوال توجيها زاد به المذهب ثراء ونماء ، وهو بلا شك استثمار فقهي فيه من المعاني العملية والقضائية تحقيقا لملكة الاجتهاد .

٦ ـ ويقرر البحث هنا أهم النتائج التي كشف عنها الدرس الفقهي ، وهو إلمام القاضي عبد الوهاب بعلم مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومعاني الأحكام العملية ، فكتاب الممهد جمع في صفحاته كثيرا من القواعد الفقهية والأصولية ، والضوابط والكليات الفقهية ، وعلم النظائر والفروق ، واستطاع القاضي عبد الوهاب أن يضيف بعض القواعد والكليات والفروق من محض اجتهاده لم يكن له فيها سلف ، وكثيرا ما استعمل في دقائق الأحكام الفقهية عبارة: «والمعنى ، والقصد ، والمقصود ، والمصلحة . .» مما يجعلنا نوصي ببحث ذلك في دراسات مستقلة تعنى به وتربطه بواقع المعاملات المعاصرة اليوم التي انتشرت على نطاق واسع في قضايا الناس وأقضيتهم .

٧ ـ ولا يفوت النّظر هنا أن نسجل عارضة القاضي ﵀ في كتابه الممهد ، فهو عَقْل متخصص في شتى أصناف العلوم ، حتى علم الجدل والمناظرة في علم الخلاف قد استغرقه في كتابه هذا الذي تميز به عن سائر كتبه التي وصلتنا ،

وقد بينت المقارنة التي عقدتها الدراسة القيمة العلمية لكتاب الممهد وما أضافه لخزانة الفقه الإسلامي ، بفضل هذا العالم الكبير الذي ربط بكتابه هذا بين أعرق مدارس الفقه المالكي وهما المدرسة البغدادية والمغربية القيروانية ، فكان حقا وصلا علميا بين المشرق والمغرب .

٨ ـ وأما ما يتعلق بكتاب الممهد ، فإني أسجل هنا ما يلي :

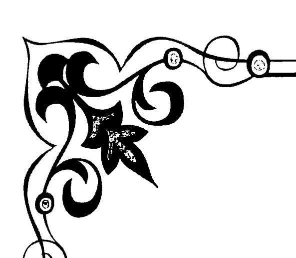
ضرورة مواصلة البحث في الفهارس وخزائن المخطوطات العالمية عن باقي أجزاء كتاب الممهد وحتى ربما عند آحاد الناس ، وهذا لما لهذا الكتاب من القيمة العلمية ولصاحبه ، ولعل هذا الجزء المحقق يكون دافعا لاستنهاض همم الباحثين والمتخصصين في البحث عن أماكن باقي أجزائه ونُسَخِه قصد استكمال خدمته وتحقيقه .

الحرص على مزيد من البحث عن سائر كتب القاضي عبد الوهاب رحمه الله ، في خزائن المخطوطات ، وتشجيع الباحثين والدارسين لذلك ، فكم من المصنفات الجليلة التي هي الآن حبيسة الخزائن والإغفال ، والتفريط والإهمال ، وكثير منها لحقتها العوادي وصروف الزمان ، إن لم تكن فقدت وضاعت مع كر الأزمان ، ونلح ههنا إلى ضرورة تحقيق كتاب شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب الذي يعد من أقدم شروح الرسالة ، وإخراجه للوجود ليكون مصاحبا لأخيه الممهد خصوصا وقد ذكرهما القاضي رحمه الله في محل واحد في مقدمة معونته .

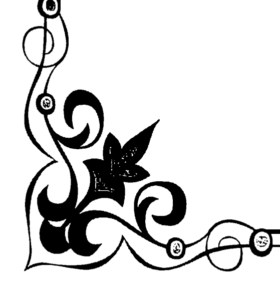
٩ ـ ومن توصيات البحث تأسيس مخبر للمخطوط المالكي في جامعاتنا من أجل خدمة التراث ، وتكوين طلاب الدراسات العليا في هذا الميدان الفسيح ، ليكون دافعا لهم على تحقيق تراث علماء الإسلام في رسائل الماجستير والدكتوراه .

وأخيرا:

فهذا ما فاض به الفكر، وجاد به القلم، ورقنته الأنامل على ألواح من سوابغ النعم. وأسأل الله تعالى أن يجعل هذا الكتاب المحقَّقَ ذخرا لي وحسنة يوم معادي، والحمد لله في البدء والختام، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.




الفهارس



فهرس الأعلام

العلم	الصفحة



فهرس القواعد والكليات والفروق الفقهية

القاعدة أو الكلية أو الفرق	الصفحة
كل بينة جاز سماعها جاز الحكم بها أصله إذا كان حاضرا	٤٤٤/١
كل توكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور أصله توكيل المريض	٣٣٨/١
كل ثمن جاز أن يملك به الموكل جاز أن يملك به الوكيل. أصله الغبن اليسير	٣٥٠/١
كل جناية لا توجب إسقاط الرق إذا لم تكن على وجه المثلة لم توجب العتق إذا كانت على وجه المثلة أصله إذا جرح عبد غيره	٣٢٢/٢
كل جنس جاز إفراده بالوصية جاز جمعه الوصية	٥٣٧/٢
كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز له أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يجز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل. أصله الوصي وأمين القاضي	٣٤٩/١
كل حالة صح مع الإقرار فيها للأجنبي صح الإقرار فيها للوارث. أصله حال الصحة.	٦٣٢/١
كل حالة لو أسقط الموكل فيها القصاص لم يجز للوكيل أن يستوفي. أصله حالة الجنون والخَبَل.	٣٦٧/١
كل حق جاز أن يستوفيه الوكيل إذا كان موكله حاضرا جاز له أن يستوفيه وإن كان غائبا أصله سائر الديون	٣٦٥/١
كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانتا تبرين	٢٦٢/١
كل دعوى لا يقبل فيها شاهد ويمين وامرأتان ولا شاهد ونكول، ولا يقبل فيها إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى	٥٧٧/١
كل دين جاز بيع الذهب والفضة فيه جاز بيع العقار فيه، أصله نفقة الزوجة، وأصله إذا مات المفلس.	١٣٢/٢

القاعدة أو الكلية أو الفرق	الصفحة
كل عين لا منفعة لها فإنها لا تباع ولا يعقد عليها عقد بيع ولا غيره.	٣١٧/٢
كل قبض لا يوجب ضمان الأجر في حال الاستيفاء لا يتعلق به الضمان، أصله قبض الموهوب له الهبة	٩١/٢
كل ما جاز أن يباع في دين الميت جاز أن يباع في دين المفلس. أو لأن كل دين جاز بيع الذهب فيه بالفضة جاز بيع العروض فيه أصله المجنون والميت	١٣٣/٢
كل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه. أصله المال	٣١٨/١
كل ما جاز له أن يرهن عبده المحوز جاز له أن يرهن عبده المشاع،	٢٥/٢
كل ما لا يكال ويوزن، فالغرض منه أعيانه فوجب فيه الغير، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، فدل على الفرق ببن ما له مثل وما لا مثل له	٢٥٦/٢
كل ما ملك على وجه مباح بعمل لم يجز أن ينشأ الملك فيه بمثل ما ملك به. أصله الصيد	١٩٧/٢
كل معنى منع من دفع المال إليه فما دون الخمس والعشرين سنة منع من دفعه إليه (فما فوقهاأصله الجنون.	١٠٣/٢
كل ملك إن ملك ابنه بالعقد جاز له مراجعته أصله البيع.	٣٥١/٢
كل ملك منفرد لا يجبر على الاتفاق عليه، فإذا شاركه غيره فيه وجب أن لا يجبر عليه، أصله إذا كان ذلك براحا واسعا	٢١٨/٢
كل من ادعى شيئا هو في يده وجب أن يحكم له بذلك.	٥٢٣/١
كل من جاز توكيله مع الرضا جاز توكيله مع عدم الرضا أصله المسافر والمريض.	٣٣٩/١

القاعدة أو الكلية أو الفرق	الصفحة
كل من صح إسلامه على وجه التبع لغيره لم يصح إسلامه بنفسه أصله الصغر.	٢٢٤/٢
كل من صح الضمان عنه إذا حلف وفاء صح الضمان عنه وإن لم يخلف وفاء، أصله إذا كان ذلك حيا.	١٦٤/٢
كل من صح معه عقد البيع صحت الوصية له أصله المسلم	٥٣٣/٢
كل من صحت الوصية إذا لم يكن قاتلا صحت الوصية له وإن كان قاتلا، أصله الصبي والمجنون.	٥٠٦/٢
كل من ملك التصرف باللقطة ملك الأكل أصله الفقير	٢٤١/٢
كل من ملك المحيا ملك بالإحياء أصله المسلم.	٢٠٠/٢
كل من منع من الشهادة له فشهادته عليه مقبولة، وكل من لا تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة وكل من لم يقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة	٤٨٥/١
كل موضع جاز الحكم فيه إذا اتفق جاز الحكم فيه وإن لم يتفق أصله سائر المواضع	٣٨٨/١
كل موضع جاز دروس العلم فيه جاز الحكم فيه أصله سائر المواضع.	٣٨٨/١
كل موضع ذكر فيه الرقبة فإنه يقتضي عتق رقبة كاملة	٥٣٤/٢
كل هبة لم يملك الرجوع فيها إذا حكم بذلك حاكم لم يملك الرجوع فيها وإن لم يحكم بها حاكم	٣٥٨/٢
كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر أصله الضمين.	٦/٢
ك	
للأب من الاختصاص والانبساط في مال ولده ما ليس للابن فافترقا لأجل ذلك	٣٥٢/٢

الصفحة	القاعدة أو الكلية أو الفرق
٢٤١/٢	من جاز له الالتقاط جاز له الأكل أصله الفقير
٦٣٠/١	من حجر عليه في ماله لحق شخص وجب أن لا يقبل إقراره له
٦٣٢/١	من صحّ إقراره لغير وارث صح إقراره لوارث، أصله حال الصحة
٦٣١/١	من صح إقراره له في حال الصحة صح إقراره له في حال المرض. أصله الأجنبي.
٤٩٨/١	من صح أن يكون وكيلا صح أن يكون وصيا إذا كان أمينا أصله الجزء
٥٠١/٢	من صح أن يكون وكيلا صحت الوصية إليه
٥٣٣/٢	من صح معه البيع صحت له الوصية، أصله الذمي.
٢٢٧/٢	من صح منه الإقرار بالوطء صح منه الإقرار بالولد
٤٣٣/١	من صحت منه الشهادة في حكم من الأحكام جاز أن يكون حاكما أصله الرجل.
٤٨٤/١	من قبلت شهادته على غير عدوه قبلت شهادته على عدوه أصله سائر المسلمين.
٤٨٨/١	من قبلت شهادته في غير الزنا، قبلت في الزنا أصله غير ولد الزنا.
٣٩٨/١	من قبلت شهادته قبل الجلد قبلت شهادته بعد الجلد إذا تاب. أصله إذا زنى فحد ثم تاب.
٤٧٦/١	من لا ترد له شهادة قبل النكاح، لا ترد له بعد النكاح أصله الزوج والزوجة
٥٣٤/٢	من لا تصح الوصية له بالسلاح لم تصح الوصية له بالمال.
٥٠٠/١	من لا تقبل شهادته في الأفعال لا تقبل شهادته في الأقوال أصله العبد.
٥٨٣/١	من لا تقبل شهادته في الرضاع وحده وجب أن لا تقبل في الولادة أصله الفاسق



فهرس القواعد والمسائل الأصولية



قائمة المصادر والمراجع

١ ـ القرآن الكريم برواية حفص بن سليمان عن عاصم بن أبي النجود.

المصادر المخطوطة

٢ ـ التعليقة على المدونة للمازري، محمد بن علي أبي عبد الله النميمي، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، ر: ١٥٠ق.

٣ ـ اختصار الديباج، لأبي إسحاق إبراهيم بن هلال السجلماسي، مخطوط الخزانة العامة، ر: ٢٤٠.

٤ ـ اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، مخطوط، خزانة القرويين، ر: ١٤٦١.

٥ ـ اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، مخطوط، المكتبة التيمورية، القاهرة، ر: ٢٢٧.

٦ ـ اختصار المدونة، ابن أبي زيد القيرواني، مخطوط، نسخة مراكش.

٧ ـ شرح الرسالة، أبو محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، مخطوط، المكتبة الوطنية الرباط، ر: ٦٢٥ق.

٨ ـ شرح الرسالة، أبو محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، مخطوط، نسخة المكتبة الأزهرية، ر: ٢٠٤٩.

٩ ـ شرح المختصر الكبير لأبي بكر الأبهري، مخطوط مكتبة الأزهر الشريف ر: ١٦٥٥.

١٠ ـ طبقات المالكية لمجهول، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، ر: ٣٩٢٨د (م).

١١ ـ عيون الأدلة في مسائل الخلاف، القاضي علي بن عمر بن القصار، مخطوط خزانة القرويين، ر: ٤٦٧.

١٢ ـ مسائل الخلاف لأبي بكر الوراق، مخطوط خزانة القرويين، ر: ٣٢٩.

المصادر والمراجع المطبوعة

كتب التفسير

١٣ ـ أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي. بيروت، دار المعرفة.

١٤ ـ تفسير الرازي، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، للإمام محمد فخر الدين الرازي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

١٥ ـ تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، حققه: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت.

١٦ ـ الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المالكي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

١٧ ـ معاني القرآن الكريم، لأبي جعفر النحاس، تحقيق: محمد علي الصابوني، جامعة أم القرى، ط١، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م.

١٨ ـ النكت والعيون (تفسير الماوردي)، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت دت.

كتب الحديث النبوي علومه ورجاله

أ ـ مصادر الحديث النبوي:

١٩ ـ الجامع لشعب الإيمان، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: مختار أحمد الندوي، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

٢٠ ـ سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دت.

٢١ ـ سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، طبعة بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، دت.

٢٢ ـ سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط: ٢، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.

٢٣ ـ سنن الدار قطني، علي بن عمر الدار قطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، طبعة مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ، ٢٠٠٤م.

٢٤ ـ السنن الصغرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ومعه المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى، محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.

٢٥ ـ السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، طبعة مجلس دائرة العثمانية، حيدر آباد، الهند، ١٣٥٢هـ.

٢٦ ـ سنن النسائي، المجتبى من السنن، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ترقيم: عبد الفتاح أبي غدة، مكتبة المطبوعات الاسلامية، حلب، ط: ٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٢٧ ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، حققه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.

٢٨ ـ صحيح البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، ط: ١، ١٤٠٣ هـ.

٢٩ ـ صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، طبعة: بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

٣٠ ـ كتاب الآثار للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، عني بتصحيحه والتعليق عليه: الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣١ ـ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري، مؤسسة الرسالة، ط: ٥، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

٣٢ ـ المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة بيروت، دت.

٣٣ ـ مسند أبي يعلى الموصلي، أحمد بن علي بن المثنى التميمي، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، ط: ١، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

٣٤ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل، أشرف على تحقيقه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

٣٥ ـ مسند الشافعي، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، دت.

٣٦ ـ مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق، محمد عوامة، طبعة الدار السلفية الهندية القديمة.

٣٧ ـ المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن الهمام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، طبعة المجلس العلمي، كراتشي، ١٣٩١هـ، ١٩٧٢م.

٣٨ ـ المعجم الأوسط، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، وأبو الفضل عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

٣٩ ـ المعجم الكبير، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت.

٤٠ ـ معرفة السنن والآثار، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تعليق: الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، دار الوعي، حلب، ط: ١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

٤١ ـ الموطأ: مالك بن أنس، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية، ط٤، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

٤٢ ـ الموطأ: مالك بن أنس، رواية يحي بن يحي الليثي الأندلسي، تحقيق، بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط: ٢، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

ب ـ شروح الحديث الكتب الجامعة لأدلة أحكامه وغريبه:

٤٣ ـ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من المعاني والآثار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، توثيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي حلب القاهرة، ط: ١، ١٩٩٣م.

٤٤ ـ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: مجموعة من الباحثين. المحمدية ـ المغرب ـ: مطبعة فضالة. الطبعة الثانية: من١٩٦٧ ـ ١٩٨٢م.

٤٥ ـ التيسير بشرح الجامع الصغير، للحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط٣، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٤٦ ـ جامع الأصول في أحاديث الرسول، لمجد الدين أبي السعادات بن الأثير الجزري، حققه: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.

٤٧ ـ شرح معاني الآثار، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، حققه وعلق عليه: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، دت.

٤٨ ـ العرف الشذي شرح سنن الترمذي، محمد أنور شاه الكشميري الهندي، تحقيق: محمود أحمد شاكر، ط١، مؤسسة ضحى للنشر والتوزيع، دت.

٤٩ ـ الفائق في غريب الحديث، للعلامة جار الله محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم وعلي محمد البجاوي، دار الفكر بيروت، ط٣، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

٥٠ ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، قرأه وعلق عليه، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ورقمه محمد فؤاد عبد الباقي، وأخرجه: محب الدين الخطيب، طبعة: دار المعرفة، بيروت، لبنان، دت.

٥١ ـ كتاب الخراج، يحيى بن آدم القرشي، صححه الشيخ أحمد محمد شاكر، ط ١٣٠٩هـ، ١٩٧٧م.

٥٢ ـ كتاب غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام، تحقيق: محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي، ط١، ١٣٣٦هـ.

٥٣ ـ المسالك في شرح موطأ مالك، للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي، قرأه وعلق عليه، محمد بن الحسين السليماني، وعائشة بنت الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

٥٤ ـ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٥٥ ـ النهاية في غريب الحديث لأبي السعادات مبارك بن محمد بن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي. بيروت: المكتبة العلمية. طبعة: ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

ج ـ كتب تخريج الحديث ورجاله:

٥٦ ـ الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، (تخريج لأحاديث كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب)، بدوي عبد الصمد الطاهر صالح، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط: ٢/ ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

٥٧ ـ البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، للإمام سراج الدين أبي حفص عمر الأنصاري الشافعي، المعروف بابن الملقن، تحقيق: أبي صفية مجدي بن السيد بن أمين، أبي محمد عبد الله بن سليمان، دار الهجرة للنشر والتوزيع، دت.

٥٨ ـ التحقيق في أحاديث الخلاف، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ.

٥٩ ـ تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٦٠ ـ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل شهاب الدين علي بن حجر العسقلاني، تعليق أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، دار المشكاة، مؤسسة قرطبة، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

٦١ ـ تهذيب التهذيب لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٦٢ ـ الدراية في تخريج أحاديث البداية، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دت.

٦٣ ـ العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، ضبطه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط: ١/ ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

٦٤ ـ العلل الواردة في الأحاديث النبوية، للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدار قطني، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، دار طيبة الرياض، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٦٥ ـ الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني، تحقيق: سهيل بكار، دار الفكر، ط ٣، ١٩٨٨م.

٦٦ ـ كتاب العلل، لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.

٦٧ ـ كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، لإسماعيل بن محمد العجلوني، حقق أصوله: يوسف بن محمود الحاج أحمد، مكتبة العلم الحديث.

٦٨ ـ لسان الميزان، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، بيروت، دت.

٦٩ ـ مجمع الزوائد، ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، دار الفكر، دت.

٧٠ ـ مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية بيروت، ١٤٠٣هـ.

٧١ ـ المغني عن حمل الاسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، لأبي الفضل زين الدين العراقي، مكتبة طبرية الرياض، ط١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

٧٢ ـ المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، للحافظ عبد الرحمن السخاوي، دار الكتاب العربي، دت.

٧٣ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية، للحافظ جمال الدين الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، دت.

أصول الفقه والمناظرة، القواعد والفروق الفقهية

٧٤ ـ إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد خلف بن سليمان الباجي. تحقيق ودراسة: عبد الله محمد الجبوري. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

٧٥ ـ الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، دط، دت.

٧٦ ـ البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهاور الزركشي، راجعه: عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، ط: ٢، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٧٧ ـ الحدود الكلامية والفقهية على رأي أهل السنة الأشعرية، لأبي بكر محمد بن سابق الصقلي، تحقيق: محمد الطبراني، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط١، ٢٠٠٨م.

٧٨ ـ الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دت.

٧٩ ـ العقد المنظوم في الخصوص والعموم، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي، دراسة وتحقيق: أحمد الختم عبد الله، دار الكتبي، ط١، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٨٠ ـ الفروق الفقهية، لأبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجفان، حمزة أبو فارس، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط: ١٩٩٢م.

٨١ ـ الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي، اعتناء، جلال القذافي الجهاني، ط.

٨٢ ـ القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، محمد الروكي، دار البحوث للدراسات الاسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٠م.

٨٣ ـ كتاب الحدود في الأصول للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: نزيه حماد، ط١، مؤسسة الزعبي، بيروت، ١٩٧٣م.

٨٤ ـ كتاب المعونة في الجدل، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٨٥ ـ اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، تحقيق: محي الدين ديب مستو، ويوسف علي بدوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٩٥م.

٨٦ ـ المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية، تأليف محمد العلمي، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، ط١، ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.

٨٧ ـ المنهاج في ترتيب الحجاج، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، بيروت دار الغرب الإسلامي، ط٢، ١٩٨٧م.

٨٨ ـ الإجماع لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، حققه: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان عجمان، ط٢، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٨٩ ـ اختصار المدونة والمختلطة: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجبويه للطباعة والنشر، ط: ١، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

٩٠ ـ الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، قارن بين نسخه وخرج أحاديثه وقدم له: الحبيب بن الطاهر، دار بن حزم، ط ١، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٩١ ـ أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك، لمحمد بن حارث الخشني، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ. تونس: الدار العربية للكتاب. طبعة: ١٩٨٥م.

٩٢ ـ الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

٩٣ ـ انتصار الفقير السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، شمس الدين الراعي الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دت.

٩٤ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، دت.

٩٥ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة بيروت، ط٦، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٩٦ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٩٧ ـ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة،

لأبي الوليد بن رشد القرطبي تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ/١٩٩٨م.

٩٨ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.

٩٩ ـ التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري، دراسة وتحقيق: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط١، ١٩٨٧م.

١٠٠ ـ التلقين في الفقه المالكي، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، دت.

١٠١ ـ التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، لأبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: محمد الوثيق، وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، ط: ١، ١٣٤٢هـ/ ٢٠١١م.

١٠٢ ـ التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي المالكي، ضبطه أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار نجبويه للطباعة والنشر، ط١، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.

١٠٣ ـ حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

١٠٤ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، بيروت: دار الفكر. طبعة: ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

١٠٥ ـ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، للإمام أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

١٠٦ ـ حدود ابن عرفة. (مطبوع مع شرحه الهداية الكافية الشافية للرصاع).

١٠٧ ـ ديوان الأحكام الكبرى ـ النوازل والأعلام ـ لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني، تحقيق: يحي مراد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

١٠٨ ـ الذب عن مذهب مالك في غير شيء من أصوله وبعض مسائل من فروعه وكشف ما لبس به بعض أهل الخلاف، وجهله من محاج الأسلاف، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دراسة وتحقيق: محمد العلمي، الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، ط: ١، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.

١٠٩ ـ الذخيرة، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.

١١٠ ـ روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

١١١ ـ الزاهي في أصول السنة، لأبي إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المالكي المعروف بابن القرطي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، دت.

١١٢ ـ شرح التلقين، لأبي عبد الله المازري، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٧م.

١١٣ ـ شرح الرسالة لزروق أحمد بن محمد الفاسي، دار الرشاد، الدار البيضاء، ط: ١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

١١٤ ـ الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

١١٥ ـ شفاء الغليل في حل مقفل خليل، محمد بن أحمد بن غازي العثماني، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجبويه للطباعة والنشر، القاهرة، ط: ١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٨م.

١١٦ ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: محمد أبو الأجفان، عبد الحفيظ منصور، إشراف ومراجعة: محمد الحبيب الخوجة، بكر ابن عبد الله أبو زيد. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ/١٩٩٥م.

١١٧ ـ عيون المسائل، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بورويبة، دا ر ابن حزم، بيروت، ط: ١، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

١١٨ ـ فتح العزيز شرح الوجيز للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار الفكر، بيروت، دت.

١١٩ ـ الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

١٢٠ ـ كتاب الأصل، المعروف بالمبسوط، للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، اعتنى بتصحيحه الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، عالم الكتب، دت.

١٢١ ـ كتاب الجامع في السنن والآداب والمغازي والتاريخ، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، مؤسسة الرسالة، المكتبة العتيقة، ط: ٢/١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

١٢٢ ـ كتاب الجامع لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط٢، دار الغرب الإسلامي بيروت.

١٢٣ ـ كتاب الحجة على أهل المدينة، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، رتب أصوله وعلق عليه: السيد مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، دت.

١٢٤ ـ كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة السعودية.

١٢٥ ـ كتاب شرح غريب المدونة للجبي ، تحقيق: محمد محفوظ . بيروت: دار الغرب الإسلامي . الطبعة الأولى: ١٩٨٢م .

١٢٦ ـ الكتاب للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي ، دط ، دت .

١٢٧ ـ اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني العنيمي الدمشقي الميداني ، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية بيروت ، دت .

١٢٨ ـ المبسوط لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي . بيروت: دار المعرفة بيروت ، دت .

١٢٩ ـ متن الرسالة ، لأبي عبد الله ابن أبي زيد القيرواني ، المكتبة الثقافية بيروت .

١٣٠ ـ المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، مطبعة النهضة ، دت .

١٣١ ـ مختصر الخرقي على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي ، مؤسسة دار السلام ، دمشق ، ط١ ، ١٣٩٨هـ .

١٣٢ ـ المختصر الصغير ، لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري ، تحقيق: عمر علي أبو بكر زاريا ، دار ابن القيم ، ودار ابن عفان ، القاهرة ، ط١ ، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م .

١٣٣ ـ مختصر الطحاوي ، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي الحنفي ، عني بتحقيقه: أبو الوفاء الأفغاني ، نشر: لجنة إحياء المعارف النعمانية حيدر آباد الدكن ، دت .

١٣٤ ـ المختصر الكبير لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري ، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب ، مركز نجبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، ط١ ، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م .

١٣٥ ـ مختصرالمزني ، للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحي المزني ، دار المعرفة ، ط٢ ، ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م .

١٣٦ ـ المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس. بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، دت.

١٣٧ ـ مسائل أبي الوليد بن رشد (الجدّ)، تحقيق عن ست نسخ خطية مع دراسة عن المؤلف والكتاب: محمد الحبيب التجكاني. الدار البيضاء ـ المغرب ـ: مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

١٣٨ ـ مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبد الله بن أحمد، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

١٣٩ ـ المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، دراسة وتحقيق: حميش عبد الحق. بيروت: دار الفكر، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

١٤٠ ـ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد الحجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. طبعة: ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

١٤١ ـ معين الحكام على القضايا والأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد. بيروت: دار الغرب الإسلامي. طبعة: ١٩٨٩م.

١٤٢ ـ المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

١٤٣ ـ المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن رشد، تحقيق: محمد الحجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٨٨م.

١٤٤ ـ منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد أحمد عليش. مكتبة النجاح، طرابلس.

١٤٥ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم دمشق، ط١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٤٦ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، دت.

١٤٧ ـ نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، حققه عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

١٤٨ ـ النوادر زالزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٩٩م.

١٤٩ ـ الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، المكتبة الإسلامية، دت.

١٥٠ ـ الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر، شارع الأزهر، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

كتب التاريخ والسياسة والتراجم، الرحلات ومعاجم البلدان

١٥١ ـ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني: حياته وآثاره وكتاب النوادر والزيادات، الهادي الدرقاش، دار قتيبة، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

١٥٢ ـ الاستيعاب في معرفة الأصحاب: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، صححه عادل مرشد، دار الأعلام، ط١، ١٤٢٣ هـ، ٢٠٠٢م.

١٥٣ ـ الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت.

١٥٤ ـ أعلام الفكر الإسلامي في تاريخ المغرب العربي، لمحمد فاضل بن عاشور. تونس: مكتبة النجاح.

١٥٥ ـ البداية والنهاية، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط: ١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

١٥٦ ـ برنامج التجيبي، القاسم بن يوسف التجيبي، تحقيق: عبد الحفيظ منصور، الدار العربية للكتاب، تونس، ١٩٨١م.

١٥٧ ـ برنامج المجاري، لأبي عبد الله محمد المجاري الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجفان. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٨٢م.

١٥٨ ـ بغية الملتمس في تاريخ رجال الأندلس، أحمد بن يحي الضبي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٧٦م.

١٥٩ ـ تاريخ ابن خلدون، ضبط المتن ووضع حواشيه والفهارس: خليل شحادة، مراجعة: سهيل زكار. بيروت دار الفكر. طبعة: ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.

١٦٠ ـ تاريخ الأدب العربي: العصر العباسي الثاني، شوقي ضيف، دار المعارف، القاهرة، ط: ٨، دت.

١٦١ ـ تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

١٦٢ ـ تاريخ الخلفاء، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة مصر، ط: ١، ١٣٧١هـ/ ١٩٥٢م.

١٦٣ ـ التاريخ الكبير: أبو عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دت.

١٦٤ ـ تاريخ بغداد، لأبي بكر الخطيب البغدادي. بيروت: دار الكتب العلمية.

١٦٥ ـ تاريخ بغداد، لأبي بكر الخطيب البغدادي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط: ١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

١٦٦ ـ تاريخ مدينة دمشق، الإمام الحافظ أبي القاسم بن هبة الله بن عساكر، دراسة وتحقيق: محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمروي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

١٦٧ ـ تبيين كذب المفتري فيما نسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٣، ١٤٠٤هـ.

١٦٨ ـ التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، تحقيق: أسعد طرابزوني الحسيني، دط، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

١٦٩ ـ تذكرة الحفاظ، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

١٧٠ ـ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي، تحقيق: محمد بن تاويت، عبد القادر صحراوي، محمد بنشريفة، وسعيد أعراب. نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

١٧١ ـ تهذيب التهذيب: أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مؤسسة الرسالة، د. ت.

١٧٢ ـ تهذيب الكمال في أسماء الرجال: جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزي، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، ط: ١/ ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨م.

١٧٣ ـ جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق وتعليق: عبد السلام محمد هارون، دار المعارف، ط٥،

١٧٤ ـ جمهرة تراجم المالكية، الحلقة الأولى: رجال المالكية من كتاب ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي السبتي، ترتيب واختصار وتهذيب واستدراك وتوثيق: قاسم علي سعد. دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث. الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

١٧٥ ـ الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لمحي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر بن أبي الوفاء القرشي، تحقيق: محمد عبد الفتاح الحلو، دار إحياء الكتب العربية، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

١٧٦ ـ حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية ط١، ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م.

١٧٧ ـ الخطط المقريزية، تقي الدين أحمد بن علي المقريزي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط: ٣، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

١٧٨ ـ الديباج المذهب في معرفة تراجم المذهب، إبراهيم بن نور الدين بن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، دت.

١٧٩ ـ الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة، لأبي الحسن علي بن بسام الشنتريني، تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، دت.

١٨٠ ـ ذيل تاريخ بغداد، للحافظ محب الدين أبي عبد الله الحسن، ابن النجار البغدادي، صحح بمشاركة قيصر فرح، دار الكتاب العربي، بيروت، دت.

١٨١ ـ رحلة القلصادي، أبو الحسن علي القلصادي الأندلسي، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، ط: ١، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.

١٨٢ ـ الروض المعطار في خبر الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحميري، تحقيق: إحسان عباس. بيروت: مؤسسة ناصر للثقافة الطبعة الثانية: ١٩٨٠م.

١٨٣ ـ سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: جماعة من الباحثين، أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرناؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الثالثة: ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٨٤ ـ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف. بيروت: دار الفكر.

١٨٥ ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب، شهاب الدين أبو الفلاح بن العماد الحنبلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

١٨٦ ـ صلة الصلة، أبو جعفر بن الزبير، تحقيق: عبد السلام الهراس، سعيد أعراب، ط وزارة الأوقاف المغربية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

١٨٧ ـ الصلة في تاريخ علماء الأندلس، لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، صححه وراجعه: السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، ط: ٢، ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.

١٨٨ ـ طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو. القاهرة: مطبعة البابي الحلبي وشركاءه. الطبعة الأولى: ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م.

١٨٩ ـ طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة أبي بكر بن أحمد بن محمد، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧هـ.

١٩٠ ـ طبقات الشافعية، جمال الدين الإسنوي، تحقيق: عبد الله الجبوري، ط بغداد، ١٣٩١هـ.

١٩١ ـ طبقات الفقهاء: أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، دت.

١٩٢ ـ الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري، دار صادر بيروت.

١٩٣ ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، دت.

١٩٤ ـ ظهر الإسلام، أحمد أمين، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: ٥، دت.

١٩٥ ـ العبر في خبر من غبر، للحافظ شمس الدين الذهبي، حققه أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني، دار الكتب العلمية، بيروت، دت.

١٩٦ ـ غاية النهاية في طبقات القراء لأبي الخير محمد بن محمد الجزري. عني بنشره: ج. برجستراسر، القاهرة: مكتبة المتنبي.

١٩٧ ـ الغنية: فهرست شيوخ القاضي عياض، تحقيق: ماهر زهير جرار. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

١٩٨ ـ فهرس ابن عطية، القاضي أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجفان، محمد الزاهي، دار الغرب الاسلامي، ط: ٢، ١٩٨٣م.

١٩٩ ـ فهرس المنتوري، المنتوري، الرابطة المحمدية للعلماء.

٢٠٠ ـ فهرسة ابن خير الاشبيلي، أبو بكر محمد بن خير بن عمر الأموي، وضع حواشيه: محمد فؤاد منصور، دار الكتب العلمية بيروت، ط: ١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٢٠١ ـ في التاريخ العباسي والأندلسي، أحمد مختار العبادي، دار النهضة العربية، بيروت، دت.

٢٠٢ ـ القاضي عبد الوهاب ومنهجه في شرح الرسالة، حمزة أبو فارس، منشورات elga، ٢٠٠٣.

٢٠٣ ـ الكامل في التاريخ: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد، المعروف بابن الأثير الجزري، تحقيق: أبي الفداء عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: ١، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

٢٠٤ ـ كتاب العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين، لحسن حسني عبد الوهاب، مراجعة وإكمال: محمد العروسي المطوي بشير بكوش. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٩٠م.

٢٠٥ ـ الكواكب السيارة في ترتيب الزيارة في القرافتين الكبرى والصغرى، لشمس الدين محمد بن الزيات، المكتبة الأزهرية للتراث، ط١، ٢٠٠٥م.

٢٠٦ ـ اللباب في تهذيب الأنساب، عز الدين بن الأثير الجزري، مكتبة المثنى بغداد، دت.

٢٠٧ ـ مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، للإمام أبي محمد عبد الله بن سليمان اليافعي، وضع حواشيه: خليل المنصور، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٢٠٨ ـ المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، تاريخ قضاة الأندلس، لأبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. بيروت: المكتب التجاري.

٢٠٩ ـ معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان، أبو القاسم الدباغ التنوخي، المطبعة الرسمية العربية، ١٣٢٠هـ.

٢١٠ ـ معجم البلدان، لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. دار صادر، بيروت. طبعة: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٢١١ ـ معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: طيار آلتي قولاج، ط استانبول، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

٢١٢ ـ مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون، دط، دت.

٢١٣ ـ المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي، دراسة وتحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: ١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٢١٤ ـ النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن تغري الأتابكي، قدم له وعلق عليه: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية بيروت، دت.

٢١٥ ـ نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لأحمد بن محمد المقري التلمساني، حققه: إحسان عباس. بيروت: دار صادر. طبعة: ١٩٩٧م.

٢١٦ ـ نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، لأبي العباس أحمد القلقشندي، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب اللبناني، ط: ٢، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

٢١٧ ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان مما ثبت بالنقل أو السماع أو أثبته العيان، لابن خلكان تحقيق: إحسان عباس. دار صادر، بيروت. دت.

كتب الأدب والشعر واللغة وقواميسها

٢١٨ ـ أساس البلاغة، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٢١٩ ـ تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط: ١، ٢٠٠١م.

٢٢٠ ـ ديوان الأعشى، للأعشى، دط، دت.

٢٢١ ـ سقط الزند، لأبي العلاء المعري، دار بيروت، دار صادر، ١٣٧٦هـ/ ١٩٥٧م.

٢٢٢ ـ العقد الثمين في ديوان الشعراء الثلاثة الجاهليين ـ ديوان زهير ـ، المطبعة اللبنانية بيروت، ١٨٨٦م.

٢٢٣ ـ القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي. دت.

٢٢٤ ـ الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي، قابله: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة ناشرون، دت.

٢٢٥ ـ لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي. بيروت، دار صادر. الطبعة الأولى، دت.

٢٢٦ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي. بيروت: المكتبة العلمية.

فهارس المخطوطات ومعاجم المصنفات والموسوعات

٢٢٧ ـ فهرس الخزانة الحسنية بالقصر الملكي بالرباط، ط١، ١٤٠٧، ١٩٨٧م.

٢٢٨ ـ فهرس المخطوطات بالخزانة العامة بالمغرب، الرباط: مطبعة التومي. طبعة: ١٩٧٣م.

٢٢٩ ـ فهرس مخطوطات المكتبة الأزهرية. القاهرة: مطبعة الأزهر. طبعة: ١٩٤٦م.

٢٣٠ ـ فهرس مخطوطات بغداد.

٢٣١ ـ فهرس مخطوطات خزانة ابن يوسف بمراكش للصديق بن العربي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

٢٣٢ ـ فهرس مخطوطات خزانة القرويين، محمد العابد الفاسي، قدم له وترجم

له: ابنه، محمد الفاسي الفهري. الدار البيضاء ـ المغرب ـ: دار الكتاب. الطبعة الأولى: ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

٢٣٣ ـ فهرس مخطوطات دير الأسكوريال ـ إسبانبا ـ، إعداد: يونس زيدان، تقديم: إسماعيل سراج الدين. مكتبة الإسكندرية. طبعة: ٢٠٠٢م.

٢٣٤ ـ فهرس مخطوطات مكتبة البلدية بالأسكندرية، لأحمد أبي علي. شركة المطبوعات المصرية. طبعة: ١٣٤٥هـ/١٩٢٦م.

٢٣٥ ـ الفهرست في أخبار العلماء المصنفين من القدماء والمحدثين وأسماء كتبهم، محمد بن إسحاق النديم، المعروف بأبي يعقوب الوراق، تحقيق: رضا تجدد، دط، دت.

٢٣٦ ـ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله الرومي الحنفي. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

٢٣٧ ـ الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، السعودية، ط٢، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٢٣٨ ـ هدية العارفين: أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا البغدادي. طبع بعناية: وكالة المعارف، استانبول: ١٩٥٥م. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

البحوث والدراسات الجامعية

٢٣٩ ـ بحوث الملتقى الأول: القاضي عبد الوهاب البغدادي، شيخ المالكية بالعراق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط١: ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

٢٤٠ ـ حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد: ٢١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠١١م.

٢٤١ ـ عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، للقاضي أبي الحسن بن القصار المالكي، تحقيق الباحث أحمد بن عبد السلام مغراوي، وبإشراف: الدكتور: الحسين آيت سعيد، جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، شعبة الدراسات الإسلامية.

فهرس المحتويات

